



UNIVERSITÀ
DEGLI STUDI
FIRENZE

DOTTORATO DI RICERCA IN
SCIENZE GIURIDICHE

CICLO XXXI

COORDINATORE Prof. Alessandro Simoni

Proporzionalità e tutela dei diritti fondamentali
L'esperienza costituzionale di Canada, Italia e Stati Uniti a confronto

Settore Scientifico Disciplinare IUS/02

Dottorando

Dott. Federico Falorni

(firma)

Tutore

Prof.ssa Vittoria Barsotti

(firma)

Coordinatore

Prof. Alessandro Simoni

(firma)

Anni 2015/2018

Indice

Premessa	1
Capitolo I	
La proporzionalità: origine e giustificazione teorica	
I. Introduzione	11
II. Le origini prussiane della nozione di proporzionalità	15
III. La costituzionalizzazione del principio di proporzionalità ad opera della Corte Costituzionale tedesca	17
IV. La diffusione generalizzata della proporzionalità	19
V. I diritti fondamentali come principi	20
V.1. La distinzione tra regole e principi	23
V.1.1. I principi come norme generiche ed indeterminate	24
V.1.2. I principi come precetti di ottimizzazione	26
V.1.3. I principi come norme fondamentali	27
VI. Le implicazioni della normazione costituzionale per principi	28
VI.1. Il conflitto tra diritti/principi	30
VI.2. La risoluzione del conflitto: l'inevitabilità del bilanciamento	31
VI.2.1. Definizione di bilanciamento	34
VI.2.2. Bilanciamento definitorio	37
VI.2.3. Bilanciamento caso per caso	40
VI.2.4. Bilanciamento e proporzionalità	42
VII. Il test di proporzionalità	43
VII.1. Legittimità	44
VII.2. Idoneità	45
VII.3. Necessità	46
VII.4. Proporzionalità in senso stretto	48
VII.5. Onere della prova	49

Capitolo II

La Corte Suprema del Canada

I. Introduzione	51
II. La tutela dei diritti e delle libertà fondamentali prima del 1982	52
III. Considerazioni sul ruolo della <i>Canadian Charter of Rights and Freedoms</i> nel processo di <i>judicial review</i>	56
IV. (A proposito di) Interpretazione costituzionale	59
IV.1. Interpretazione estensiva	60
IV.2. Interpretazione evolutiva	61
IV.3. La comparazione come strumento di interpretazione	63
V. Sezione I della <i>Canadian Charter of Rights and Freedoms</i>	65
V.1. <i>Prescribed by law</i>	69
VI. La proporzionalità in Canada: il test di <i>Oakes</i>	72
VI.1. <i>Sufficient important objective</i>	78
VI.2. <i>Rational connection</i>	82
VI.3. <i>Minimal Impairment</i>	86
VI.3.1. Criteri per l'esercizio del <i>self-restraint</i>	91
VI.4. <i>Proportionality in the strict sense</i>	93
VI.5. Onere della prova	96
VII. Riflessioni sul modello in generale	98
VII.1. Il temperamento della rigidità interpretativa degli elementi del test di <i>Oakes</i>	99
VII.2. Il confronto con altri modelli	101
VIII. Un nuovo trend giurisprudenziale: la riscoperta della quarta fase del test di proporzionalità	103
VIII.1. <i>Alberta v. Hutterian Brethren of Wilson Colony</i>	104
VIII.2. <i>R. v. K.R.J.</i>	107
VIII.3. Ragioni che possono giustificare il cambio di rotta	109
IX. Quale futuro per la proporzionalità?	111
IX.1. <i>Purposive interpretation</i>	113
IX.2. <i>Contextual approach</i>	114

IX.3. Correttivi alla versione attuale del test di proporzionalità	116
--	-----

Capitolo III

La Corte Costituzionale italiana

I. Introduzione	119
II. Il principio di ragionevolezza nell'esperienza costituzionale italiana	122
II.1. Ragionevolezza e principio di uguaglianza	124
II.2. L'emancipazione dal principio di uguaglianza e la conseguente espansione del campo di applicazione della ragionevolezza	127
II.3. I criteri della ragionevolezza	129
II.4. Il giudizio di ragionevolezza-proporzionalità	132
III. Il principio di proporzionalità: contenuto e fondamento normativo	133
IV. Bilanciamento e criteri di ragionevolezza e di proporzionalità	136
V. La proporzionalità come tecnica interpretativa: il tradizionale approccio de-strutturato da parte della Corte Costituzionale	140
V.1. Le valutazioni in merito agli obiettivi ed alla congruità dei mezzi rispetto alle finalità	141
V.2. Le valutazioni in merito agli effetti nel caso concreto	145
VI. I limiti alle operazioni di bilanciamento	148
VI.1. Il contenuto essenziale dei diritti fondamentali	149
VI.1.1. Obiezioni	152
VI.2. I principi supremi dell'ordinamento	154
VI.2.1. Obiezioni	156
VII. L'opportunità di individuare soluzioni alternative idonee a circoscrivere l'attività di bilanciamento	158
VII.1. Il test di proporzionalità nella giurisprudenza della Corte Costituzionale	160
VIII. Riflessioni finali	165

Capitolo IV

La Corte Suprema degli Stati Uniti

I. Introduzione	167
II. Il dibattito sull'interpretazione della Costituzione e l'eclettismo della Corte Suprema	169
II.1. Scarso utilizzo della comparazione nell'interpretazione del testo costituzionale	172
III. Diffusa resistenza ad adottare la proporzionalità	175
III.1. Ragioni per il rifiuto della proporzionalità	176
III.1.1. Struttura e linguaggio della Costituzione	177
III.1.2. Isolamento della Corte Suprema degli Stati Uniti	180
III.1.3. <i>Path dependence</i>	182
III.1.4. Timore nei confronti dei giudici e del loro ruolo	183
IV. <i>Categorical approach - two-tier review system</i>	185
IV.1. <i>Rational basis test</i>	189
IV.2. <i>Strict scrutiny</i>	191
V. Le patologie del modello <i>two-tier</i>	195
V.1. Incertezza ed arbitrarietà	195
V.2. <i>Abdication</i>	197
V.3. <i>Instability</i>	200
V.3.1. <i>Rational basis with bite</i>	200
V.3.2. <i>Loose strict scrutiny</i>	202
V.3.3. <i>Intermediate scrutiny</i>	205
VI. È corretto continuare a parlare di <i>American exceptionalism</i> , anche con riferimento alla proporzionalità?	208
VI.1. Similitudini analitiche tra il test di proporzionalità ed il sistema <i>two-tier</i>	209
VI.2. La proporzionalità, come principio, nella giurisprudenza della Corte Suprema	213
VI.3. Il test di proporzionalità nella giurisprudenza della Corte Suprema	217
VII. Nuove prospettive	224
VII.1. Aree nelle quali il terreno è già fertile per l'incorporazione	228

del test di proporzionalità	
VII.2. La versione statunitense del test di proporzionalità	233

Capitolo V

Il “successo” della proporzionalità

I. Introduzione	239
I.1. La rilevanza della motivazione nella risoluzione dei conflitti tra diritti fondamentali	241
II. Benefici connessi all’utilizzo del test di proporzionalità	244
II.1. <i>Structured analysis</i>	245
II.2. <i>Transparency</i>	246
II.3. <i>Flexibility e fact sensitivity</i>	247
II.4. <i>Objectivity e neutrality</i>	248
II.5. <i>Dialogue</i>	249
II.6. <i>International dialogue</i>	251
II.7. <i>Access to justice</i>	253
III. Profili problematici	255
III.1. <i>Incommensurability</i>	255
III.2. <i>Insufficient protection</i>	257
III.3. <i>Arbitrariness e subjectivity</i>	258
III.4. <i>Counter majoritarian problem</i>	260
III.4.1. Le fonti della legittimazione	261
III.4.2. Il rapporto giudice-legislatore: la ricerca di un nuovo equilibrio	266
IV. Conclusioni	269
Indice delle opere citate	271
Indice dei casi citati	291

Premessa

La proporzionalità costituisce un concetto centrale del costituzionalismo contemporaneo: essa si inserisce in una nuova lingua franca che consente agli attori giuridici, ed in primo luogo ai giudici, di interagire e di dialogare, agevolando la diffusione di modelli giuridici, di idee e di schemi argomentativi¹. Numerose voci in dottrina hanno messo in risalto la rilevanza assunta nel panorama costituzionale globale dalla nozione di proporzionalità: così, ad esempio, vi è chi identifica la proporzionalità come un “*universal criterion of constitutionality, an essential, unavoidable part of every constitutional text*”²; altri ritengono invece che la proporzionalità sia “*the most successful legal transplant of the twentieth century*”³.

Alla base della nozione di proporzionalità si colloca l’idea che, nella composizione del quadro costituzionale, tutti gli elementi devono trovare una propria collocazione e nessuno può essere aprioristicamente trascurato; ciascuna componente viene, dunque, presa in considerazione all’interno di una proporzione con gli altri, a sua volta ugualmente rilevanti. In questo quadro costituzionale, lo strumento tramite il quale attuare la giustizia e verificare il rispetto del criterio della proporzionalità non è “*la spada che divide, come suggerirebbe l’iconografia tradizionale della giustizia che viene dal diritto romano; è invece qualcosa che compone equilibri senza schiacciamenti o tagli, come suggerisce la piuma della dea egizia dell’equilibrio universale, la dea Ma’at*”⁴.

In dottrina sono rintracciabili numerosi contributi che analizzano l’impiego della proporzionalità all’interno del giudizio di costituzionalità delle leggi. In particolare, il principale sforzo dei costituzionalisti sembra essere stato diretto a ricostruire l’origine della proporzionalità, la sua giustificazione teorica e le

¹ M. Cohen-Eliya, I. Porat, *Proportionality and Constitutional Culture*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013, p. 135.

² D. M. Beatty, *The Ultimate Rule of Law*, Oxford, Oxford University Press, 2004, p. 162.

³ M. Kumm, *Constitutional Rights as Principles: on the Structure and Domain of Constitutional justice*, in 2 *International Journal of Constitutional Law*, 2003, 574, p. 595.

⁴ G. Zabrebelsky, *Giustizia Costituzionale*, Bologna, Il Mulino, 2012, p. 108.

implicazioni di carattere giuridico che l'impiego di tale parametro comporta sul sindacato di costituzionalità. Viceversa, sembra molto meno sviluppata la riflessione in merito ai diversi impieghi che le Corti costituzionali hanno fatto della nozione di proporzionalità. Infatti, risultano nettamente più consistenti gli studi dotati di un'impronta teorica ed astratta, rispetto a quelli maggiormente attenti alla dimensione reale e finalizzati a ricostruire il differente utilizzo della proporzionalità da parte delle Corti costituzionali e supreme.

Il presente lavoro si inserisce in quest'ultima direzione, in quanto, servendosi del metodo comparativo, intende analizzare la nozione di proporzionalità, attraverso la selezione e l'esame della giurisprudenza costituzionale di più ordinamenti giuridici.

Una volta chiarito il metodo, è altresì opportuno delineare in maniera più dettagliata l'oggetto del presente lavoro. Infatti, la nozione di proporzionalità, nell'ambito del sindacato di costituzionalità delle leggi, può assumere molteplici accezioni e sfumature e si presta ad essere approfondita sotto plurimi aspetti: ad esempio, la proporzionalità può essere intesa come un principio, può indicare un criterio di valutazione di scelte sindacabili ovvero ancora può alludere ad un canone di giustizia. Da qui deriva l'esigenza di circoscrivere e specificare l'ambito di interesse, all'interno della macro-categoria rappresentata dalla proporzionalità *tout-court*.

In particolare, all'interno del presente lavoro la proporzionalità viene analizzata nell'accezione di tecnica argomentativa, impiegata dai giudici nell'ambito del controllo di costituzionalità delle leggi. Pertanto, fra i molteplici punti di vista dai quali può essere osservata ed esaminata la proporzionalità nel settore della giustizia costituzionale, la visuale prescelta è quella che identifica la proporzionalità con uno schema interpretativo. In altre parole, l'attenzione è principalmente rivolta al "test di proporzionalità", vale a dire a quello standard ermeneutico, articolato in tre o quattro fasi, mediante il quale è possibile ricostruire il percorso logico interpretativo seguito dai giudici nel prendere una decisione e, di conseguenza, scandire le singole valutazioni svolte dai medesimi. Ovviamente, l'analisi dello standard argomentativo della proporzionalità,

all'interno di determinate esperienze costituzionali, può talvolta richiedere preliminarmente ed incidentalmente di prendere in considerazione la proporzionalità sotto altri e diversi profili.

Lo studio della tecnica interpretativa della proporzionalità si correla ad un ulteriore fenomeno, che consente di comprendere meglio la rilevanza assunta nel panorama costituzionale contemporaneo da tale standard argomentativo. Il riferimento è al passaggio dalla “*culture of authority*” alla “*culture of justification*”. Quest’ultima espressione è stata impiegata per la prima volta dal Professor Etienne Mureinik, con riferimento alla Costituzione sudafricana del 1996, al fine di identificare una concezione garantista diversa da quella autoritaria che aveva caratterizzato il Sudafrica durante il regime dell’Apartheid⁵. Il Professor Etienne Mureinik, più precisamente, identificava nella transizione dalla “*culture of authority*” alla “*culture of justification*” il passaggio da un regime non democratico ad uno avente carattere democratico. Nell’ottica del presente lavoro, la formula “*culture of justification*” assume un significato diverso; in particolare, è opportuno verificare se ed in quale misura l’affermazione di tale cultura nel panorama costituzionale contemporaneo ha influito sulla crescente rilevanza assunta dal test di proporzionalità. Nel fare ciò, da un lato, saranno individuate plausibili ragioni che possono aver contribuito a determinare il passaggio dalla “*culture of authority*” alla “*culture of justification*”; dall’altro lato, si cercherà di evidenziare alcuni dei connotati essenziali della “cultura della giustificazione”.

Per quanto concerne i motivi che possono aver innescato la transizione dalla “*culture of authority*” alla “*culture of justification*”, essi sembrano riconducibili a due macro-categorie. In primo luogo, l’affermazione della “*culture of justification*” sembra costituire l’eredità lasciata dal secondo conflitto mondiale; infatti, il rifiuto nei confronti della “cultura dell’autorità” pare coincidere con il

⁵ E. Mureinik, *A Bridge to Where? Introducing the Interim Bill of Rights*, in 10 *South African Journal on Human Rights*, 1994, 31, ove l’autore ha impiegato le seguenti parole: “*If the new constitution is a bridge away from a culture of authority, it is clear what it must be a bridge to. It must lead to a culture of justification - a culture in which every exercise of power is expected to be justified; in which the leadership given by government rests on the cogency of the case offered in defense of its decisions, not the fear inspired by the force at its command. The new order must be a community built on persuasion, not coercion*” (p. 32).

rigetto delle ideologie, di stampo nazionalista e populista, che avevano caratterizzato il periodo antecedente la seconda guerra mondiale. A ciò si correla, come ulteriore conseguenza delle atrocità che avevano caratterizzato il periodo del conflitto, l'emergere di una cultura, a carattere transnazionale, dei diritti inviolabili della persona. Quest'ultimi, a loro volta, hanno trovato espresso riconoscimento sia nelle Costituzioni adottate nel periodo successivo alla seconda guerra mondiale, che talvolta prevedono ampi ed eterogenei cataloghi di diritti fondamentali, sia in documenti di stampo sovranazionale. Tale fenomeno, pertanto, sembra aver accentuato la diffidenza nei confronti dell'autorità, del potere precostituito, nonché dell'uso incontrollato e distorsivo degli strumenti della democrazia e, pare, al tempo stesso, aver contribuito a favorire l'emersione della "*culture of justification*".

Si aggiunge poi un'ulteriore ragione, in parte connessa alla prima: il declino della "*culture of authority*" sembra la conseguenza delle crescenti difficoltà che ormai da tempo incontrano i meccanismi classici della democrazia a fornire risposte celeri ed adeguate alle nuove e continue esigenze di cui si fa portatrice la società presente. In particolare, sul piano dei diritti fondamentali, non sembra possibile non constatare l'impotenza del legislatore, di fronte al continuo proliferare di nuovi diritti, nel farsi carico delle mutevoli esigenze di garanzia che essi inevitabilmente comportano. Peraltro, a fronte dell'incapacità del potere legislativo di fornire un adeguato livello di tutela ai diritti fondamentali, si osserva un ruolo sempre più attivo e sempre più rilevante del giudici ed, in particolare, delle Corti costituzionali e supreme. Si assiste, in altre parole, ad una maggiore responsabilizzazione delle Corti, che ormai non possono più sottrarsi al compito di contribuire a prestare un soddisfacente grado di protezione ai diritti ed alle libertà fondamentali.

Tanto premesso, allora risulta comprensibile, da un lato, l'offuscamento della "*culture of authority*" e degli istituti che ad essa fanno capo, incapaci di porsi come validi interlocutori nella dialettica che coinvolge i diritti fondamentali, e, dall'altro lato, l'emersione della "*culture of justification*", come conseguenza anche del sempre più rilevante ruolo affidato ai giudici.

Con riferimento, invece, ai tratti distintivi della “*culture of justification*”, è opportuno fare ad essi cenno, utilizzando come termine di raffronto la “*culture of authority*”. Quest’ultima pone l’accento esclusivamente sull’autorità, vale a dire sull’attribuzione formale ed espressa di una certa facoltà ad un determinato organo; in tale prospettiva, assume particolare rilevanza la delimitazione delle rispettive sfere di competenza e la verifica in merito al rispetto degli ambiti storicamente individuati. Dunque, nella “*culture of authority*”, il quesito fondamentale è volto a verificare se un determinato potere sia stato esercitato dall’organo formalmente preposto ad attuarlo. Viceversa, nell’ottica della “*culture of justification*”, il controllo in merito al rispetto dei rispettivi ambiti di competenza rappresenta solamente il punto di partenza di un sindacato che assume una portata più ampia: è una condizione necessaria, ma non sufficiente. Infatti, una volta che tale verifica abbia dato esiti positivi, è opportuno spiegare, rendere comprensibile e persuasiva la scelta adottata; in altri termini, diventa fondamentale rendere giustificabile l’esercizio di una facoltà e, per fare ciò, è necessario dimostrare che la soluzione prescelta è ragionevole, razionale, corretta ed equa.

Come si vede, il passaggio dalla “*culture of authority*” alla “*culture of justification*” sposta anche l’attenzione dei controlli che di volta in volta si rendono necessari: si passa, così, da una verifica di stampo formale, incentrata sul rispetto dei diversi ambiti di attribuzione, ad un sindacato che pone al centro la possibilità di giustificare l’esercizio di una prerogativa, in quanto soluzione giusta e rispettosa di tutte le posizioni e gli interessi coinvolti.

Se quanto sin qui affermato in merito alla “*culture of justification*” può essere ritenuto corretto, altrettanto condivisibile è la constatazione in merito alla centralità che il test di proporzionalità assume nel quadro così delineato. Infatti, lo standard argomentativo della proporzionalità sembra perfettamente rispondere all’esigenza di giustificare le soluzioni adottate, di cui si fa portatrice la “*culture of justification*”. Esso, infatti, si inserisce appieno nella logica di rendere più agevolmente comprensibili e, di conseguenza, condivisibili le scelte effettuate da poteri formalmente deputati a compierle.

Sul piano dei diritti fondamentali e delle dinamiche del rapporto giudice-legislatore, il test di proporzionalità viene in rilievo, inoltre, sotto un duplice profilo. Innanzitutto, l'impiego, da parte di una Corte costituzionale, di uno schema interpretativo neutro e aprioristicamente rispettoso di tutti gli interessi implicati in una decisione, sembra attribuire un elevato grado di oggettività all'operato dei giudici che, come rilevato, sono al giorno d'oggi particolarmente coinvolti nella tutela dei diritti fondamentali. Più in generale, poi, l'utilizzo dello standard argomentativo della proporzionalità sembra contribuire a restituire una maggiore autorità all'attività del legislatore, in quanto l'utilizzo di tale canone ermeneutico pare circoscrivere la possibilità di porre in essere interventi arbitrari, riducendone, in tal modo, l'ampia discrezionalità. Infatti, al legislatore è richiesto di fornire argomentazioni serie e plausibili, per poter giustificare la bontà del suo operato e per poter superare l'eventuale controllo di costituzionalità delle leggi, condotto dai giudici seguendo il percorso logico-argomentativo della proporzionalità.

Dunque, l'impiego del test di proporzionalità comporta anche un "*disciplining effect*"⁶ per il legislatore, il quale, consapevole che una Corte valuterà le proprie previsioni con tale schema interpretativo, si sforzerà di adottare soluzioni ragionevoli e giustificabili. Ne consegue allora che la transizione dalla "*culture of authority*" alla "*culture of justification*", grazie all'utilizzo dello standard argomentativo della proporzionalità, pare essere un passaggio obbligato per attribuire nuova linfa all'attività ed all'autorità del legislatore e, in definitiva, per valorizzare nuovamente la "*culture of authority*".

Dal punto di vista strutturale il presente lavoro si compone di cinque capitoli.

Il primo è dedicato all'analisi della proporzionalità in generale ed a livello teorico. Innanzitutto, dopo aver evidenziato le ragioni che hanno consentito l'ampia diffusione della proporzionalità, saranno ripercorse le origini prussiane della nozione di proporzionalità e la sua successiva costituzionalizzazione ad opera

⁶ M. Kumm, *The Idea of Socratic Contestation and the Right to Justification: The Point of Rights based Proportionality Review*, in *4 Law & Ethics of Human Rights*, 2010, 140, p. 163.

della Corte Costituzionale tedesca. Inoltre, sarà analizzata la giustificazione teorica di tale principio e del relativo standard argomentativo; al riguardo, dopo aver condiviso la tesi che ricostruisce i diritti fondamentali come principi (e nel fare ciò li differenzia dalle regole), saranno analizzate le implicazioni della normazione costituzionale per principi sotto un duplice profilo: il contrasto tra diritti/principi e la risoluzione del conflitto. Quest'ultima richiede ineludibilmente operazioni di bilanciamento e nel bilanciare diritti confliggenti viene in gioco la proporzionalità, intesa sia come criterio di valutazione, sia - ed è l'aspetto più rilevante nell'ottica del presente lavoro - come tecnica argomentativa (con riferimento alla seconda accezione si parla appunto di test di proporzionalità). In particolare, il test di proporzionalità costituisce un modello argomentativo, mediante il quale viene condotta l'attività di bilanciamento dei diritti fondamentali. Nell'ultima parte del capitolo viene riproposta una ricostruzione generale ed astratta del test, articolandolo in quanto passaggi: legittimità, idoneità, necessità e proporzionalità in senso stretto.

I capitoli secondo, terzo e quarto prendono in considerazione la tecnica ermeneutica della proporzionalità, rispettivamente nell'esperienza costituzionale di Canada, Italia e Stati Uniti. La scelta di analizzare in prima battuta la giurisprudenza della Corte Suprema del Canada e successivamente quelle della Corte Costituzionale italiana e della Corte Suprema degli Stati Uniti risponde ad un criterio che può essere definitivo di intensità decrescente. Il lavoro analizza per prima l'esperienza costituzionale canadese, all'interno della quale lo standard argomentativo della proporzionalità viene generalmente e costantemente impiegato dai giudici costituzionali per la gestione dei diritti fondamentali; questo primo livello rappresenta, pertanto, l'intensità massima. Successivamente viene esaminato il sistema italiano, ove la nozione di proporzionalità è presente in quanto criterio di valutazione delle scelte legislative, mentre il test di proporzionalità viene impiegato solamente in maniera saltuaria. Ciò che manca, infatti, è l'elaborazione di una versione generale e completa di tale schema argomentativo, ove le singole fasi siano ben delineate e scandite l'una con l'altra; in tale ipotesi, si potrà parlare di intensità media. Infine l'attenzione è rivolta a all'ordinamento degli Stati Uniti che tradizionalmente ha optato per un rifiuto sostanziale della tecnica interpretativa della proporzionalità, preferendo

l'adozione di differenti canoni ermeneutici; quest'ultimo livello si identifica con l'intensità minima.

Come detto, il secondo capitolo è dedicato all'esame del test di proporzionalità all'interno della giurisprudenza della Corte Suprema del Canada. Di tale standard argomentativo, vengono esaminate sia le singole fasi che lo compongono, sia il funzionamento complessivo, anche al fine di mettere in risalto gli sviluppi che ha conosciuto rispetto alla versione originaria e le criticità che presenta. Da ultimo, viene compiuto il tentativo di individuare alcune soluzioni che potrebbero rappresentare dei correttivi da apportare alla versione canadese del test di proporzionalità.

Il terzo capitolo ha come oggetto la Corte Costituzionale italiana e si sofferma su vari aspetti della proporzionalità: il fondamento normativo, lo stretto legame che intercorre tra la proporzionalità e la ragionevolezza, l'approccio de-strutturato che ha caratterizzato le argomentazioni svolte dai giudici costituzionali italiani. È assente, infatti, un test di proporzionalità, articolato in una serie di standard di giudizio disposti in progressione, ma al tempo stesso sembrano rintracciabili i vari passaggi, singolarmente considerati, di cui generalmente si compone tale schema interpretativo. Nella parte conclusiva del capitolo, si osserva che tali affermazioni debbono oggi essere messe in discussione, dal momento che sembra possibile individuare forme embrionali e ancora acerbe del test di proporzionalità.

Il capitolo quarto è dedicato alla Corte Suprema degli Stati Uniti. Tradizionalmente l'esperienza costituzionale americana viene presentata come un sistema eccezionale, anche per quanto concerne la sostanziale avversione all'utilizzo della tecnica argomentativa della proporzionalità. Dopo aver individuato le ragioni di un siffatto rifiuto, il capitolo analizza il diverso modello impiegato dalla Corte Suprema, il c.d. "*two-tier system*", soffermandosi in particolar modo ad esaminare gli aspetti patologici. Ciò premesso, si osserva che l'impostazione tradizionale necessita oggi di essere ripensata, in quanto, a seguito di un accurato esame, sembra possibile rintracciare elementi della proporzionalità, intesa sia come principio sia come tecnica interpretativa. A tal proposito, viene proposta una versione del test di proporzionalità che, almeno in teoria, potrebbe

combinarsi con le peculiarità del sistema costituzionale americano e vengono altresì individuati alcuni settori del diritto costituzionale statunitense, in cui il terreno potrebbe essere fertile per accogliere tale novità.

Il capitolo conclusivo svolge una serie di considerazioni finali sull'utilizzo della proporzionalità in quanto tecnica interpretativa. In particolare, vengono esaminati i benefici ed i profili problematici connessi all'adozione di tale standard argomentativo. Per quanto riguarda i primi, essi possono riassumersi nei seguenti concetti: trasparenza, persuasività e flessibilità delle decisioni; capacità di sviluppare un proficuo rapporto dialogico tra giudici costituzionali e legislatore all'interno di un ordinamento e tra Corti costituzionali e supreme appartenenti a sistemi diversi; possibilità di agevolare l'accesso alla giustizia. Con riferimento ai secondi, si pensi al problema della legittimazione dei giudici costituzionali ed all'eccessiva politicizzazione cui va incontro il potere giudiziario, nonché alla presunta difficoltà di raffrontare beni ed interessi tra di loro non misurabili.

Capitolo I

La proporzionalità: origine e giustificazione teorica

I. Introduzione. - II. Le origini prussiane della nozione di proporzionalità. - III. La costituzionalizzazione del principio di proporzionalità ad opera della Corte Costituzionale tedesca. - IV. La diffusione generalizzata della proporzionalità. - V. I diritti fondamentali come principi. - V.1. La distinzione tra regole e principi. - V.1.1. I principi come norme generiche ed indeterminate. - V.1.2. I principi come precetti di ottimizzazione. - V.1.3. I principi come norme fondamentali. - VI. Le implicazioni della normazione costituzionale per principi. - VI.1. Il conflitto tra diritti/principi. - VI.2. La risoluzione del conflitto: l'inevitabilità del bilanciamento. - VI.2.1. Definizione di bilanciamento. - VI.2.2. Bilanciamento definitivo. - VI.2.3. Bilanciamento caso per caso. - VI.2.4. Bilanciamento e proporzionalità. - VII. Il test di proporzionalità. - VII.1. Legittimità. - VII.2. Idoneità. - VII.3. Necessità. - VII.4. Proporzionalità in senso stretto. - VII.5. Onere della prova.

I. Introduzione

La nozione di proporzionalità rappresenta uno dei tratti più rilevanti dei sistemi di giustizia costituzionale continentale. Essa viene universalmente applicata nella giurisdizione di costituzionalità sui diritti fondamentali e riguarda la valutazione in merito all'ammissibilità di una limitazione di un diritto fondamentale, disposta da una misura legislativa, al fine di perseguire un interesse collettivo o proteggere un altro diritto fondamentale.

Molteplici ragioni possono spiegare il successo della proporzionalità nel panorama costituzionale contemporaneo. In primo luogo, si segnala il solido legame tra la proporzionalità e la cultura, a carattere globale, dei diritti umani¹, il c.d. "costituzionalismo dei diritti"². A ciò si correla la possibilità di trattare, nell'ambito del controllo di costituzionalità delle leggi, complesse questioni di compatibilità tra diritti fondamentali, mediante il riferimento al concetto di proporzionalità. Quest'ultima, infatti, costituisce una valida tecnica argomentativa, adatta a gestire la forte conflittualità presente tra i diritti

¹ Tale aspetto verrà ripreso ed approfondito *infra* al Par. V.

² Per un approfondimento, si veda G. Pino, *Il costituzionalismo dei diritti*, Bologna, Il Mulino, 2017, pp. 13-49.

fondamentali, favorendo, al tempo stesso, una motivazione ordinata, formalmente corretta e trasparente, che evidenzia il percorso ermeneutico seguito dai giudici costituzionali nel pervenire alla decisione.

Un'ulteriore ragione si rinviene nell'influenza esercitata, in un primo momento, dallo stile argomentativo della giurisprudenza tedesca (amministrativa prima, costituzionale poi) su altre Corti e, in particolare, sulla giurisprudenza della Corte Europea dei diritti dell'uomo e della Corte di giustizia dell'Unione Europea. Quest'ultime, a loro volta, - attraverso quel processo che prende il nome di *coercive isomorphism*³ e che segue una logica verticale, dall'alto verso il basso (*top down*) - hanno influenzato l'operato di altre Corti Costituzionali. Infatti, sia la Corte Europea dei diritti dell'uomo, sia la Corte di Giustizia dell'Unione Europea, tramite le loro pronunce e, soprattutto, in virtù dell'effetto vincolante delle loro decisioni sugli Stati membri, hanno senz'altro contribuito alla diffusione di standard argomentativi, fra i quali rientra anche il test di proporzionalità, espressamente impiegato sia dai giudici di Strasburgo⁴, sia da quelli di Lussemburgo⁵.

In terzo luogo, si rifletta su di un ulteriore aspetto. A partire dal secondo dopoguerra, la proporzionalità è stata impiegata da un numero crescente di Corti costituzionali con risultati alquanto soddisfacenti. Nel momento in cui sempre più Corti hanno fatto ricorso alla tecnica della proporzionalità, quest'ultima è diventata oggetto di imitazione (fenomeno che prende il nome di *normative*

³ P. J. Dimaggio, W. W. Powell, *The Iron Cage Revisited: Institutional Isomorphism and Collective Rationality in Organizational Fields*, in P. J. Dimaggio, W. W. Powell, *The New Institutionalism in Organizational Analysis*, Chicago, University of Chicago Press, 1991, 63, pp. 67-69.

⁴ Si veda, a tal proposito: J. McBride, *Proportionality and the European Convention on Human Rights*, in E. Ellis, *The Principle of Proportionality in the Laws of Europe*, Oxford - Portland Oregon, Hart Publishing, 1999, pp. 23-35; J. Christoffersen, *Fair Balance: A Study of Proportionality, Subsidiarity and Primarity in the European Convention on Human Rights*, Leiden, Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2009.

⁵ Si veda, a tal proposito: G. De Burca, *The Principle of Proportionality and its Application in EC Law*, in *13 Yearbook of European Law*, 1993, 105; N. Emiliou, *The Principle of Proportionality in European Law: A Comparative Study*, London, Kluwer Law International, 1996.

isomorphism)⁶. La proporzionalità, infatti, si è imposta, almeno a livello europeo, come il miglior (o uno dei migliori) standard argomentativo: ciò ha, senz'altro, contribuito ad incrementarne il successo, agevolandone l'adozione da parte di quelle Corti costituzionali inizialmente resistenti ad utilizzarla.

Infine, per completezza, non può essere trascurato il grande impatto sulla cultura giuridica internazionale, prodotto dalle opere di numerosi autori, che hanno affrontato il tema della proporzionalità e della risoluzione dei conflitti tra diritti fondamentali, fra i quali si ricordano Robert Alexy⁷, Ronald Dworkin⁸ e Aharon Barak⁹.

Prima di procedere oltre nella trattazione, si rende, però, necessaria una precisazione di natura terminologica, che si rivelerà utile nel prosieguo del presente lavoro. Si parla, spesso indifferentemente, di “principio di proporzionalità” e di “test di proporzionalità”, come se fossero sinonimi. I due concetti devono, invece, restare ben distinti. Da un lato, il “test di proporzionalità” è una tecnica argomentativa, che generalmente si compone di tre o quattro passaggi¹⁰: tale strumento interpretativo scompone le valutazioni compiute dai giudici costituzionali, quando sono chiamati ad esaminare l'ammissibilità di una limitazione di un diritto fondamentale, da parte di una disposizione legislativa, che intende perseguire un interesse pubblico contrastante o tutelare un altro diritto fondamentale. Dall'altro lato, il principio di proporzionalità è, giustappunto, un principio, ovvero una previsione caratterizzata da un elevato grado di genericità ed indeterminatezza e considerata particolarmente rilevante nella cultura giuridica di riferimento¹¹.

⁶ P. J. Dimaggio, W. W. Powell, *The Iron Cage Revisited: Institutional Isomorphism and Collective Rationality in Organizational Fields*, cit., pp. 70-74.

⁷ R. Alexy, *Teoria dei diritti fondamentali*, Bologna, Il Mulino, 2012.

⁸ R. Dworkin, *I diritti presi sul serio*, Bologna, Il Mulino, 2010.

⁹ A. Barak, *Proportionality. Constitutional Rights and their Limitations*, Cambridge, Cambridge University Press, 2012.

¹⁰ Gli elementi che compongono il test di proporzionalità sono i seguenti: legittimità dello scopo, adeguatezza, necessità e proporzionalità in senso stretto. Alcuni autori, tuttavia, tendono a non ricomprendere nel test di proporzionalità il primo passaggio, relativo allo scopo perseguito. Il tema sarà, comunque, approfondito nel corso del presente capitolo.

¹¹ Un'analisi più accurata delle caratteristiche strutturali e qualitative dei principi è svolta *infra* Parr. V.1. ss.

Data la natura della proporzionalità, quale principio, è opportuno soffermarsi ad analizzarne sia il contenuto, sia il fondamento normativo.

Per quanto concerne il contenuto, il principio di proporzionalità si identifica nell'esigenza che ogni restrizione di un diritto fondamentale sia giustificata dalla necessità di tutelare un interesse o un altro diritto e ciò avvenga nella maniera meno invasiva possibile. Tuttavia, siffatta necessità può trovare attuazione pratica con diverse modalità, dal momento che – si ripete – la proporzionalità, in quanto principio, è caratterizzata da indeterminatezza e genericità. Fra i molteplici modi possibili¹² per concretizzare il principio di proporzionalità, uno è quello che consiste nell'utilizzo del test di proporzionalità; dunque, il principio di proporzionalità giustifica il test di proporzionalità, ma non si identifica con esso. In altre parole, il test di proporzionalità è una delle modalità mediante le quali attuare e dare concretezza al contenuto del principio di proporzionalità.

Quanto al fondamento normativo del principio di proporzionalità, solamente in pochissimi ordinamenti esso si presenta come un principio esplicito, vale a dire espressamente sancito nel testo costituzionale. Ad esempio, l'articolo 36 della Costituzione del Sud Africa, sebbene non menzioni il principio di proporzionalità, codifica un test cui sottoporre le limitazioni dei diritti che, sostanzialmente, riprende la struttura del test di proporzionalità. Dunque, l'esistenza all'interno del documento costituzionale sudafricano di tale previsione presuppone il previo riconoscimento del principio di proporzionalità¹³; pertanto, in tale ipotesi, la

¹² Una diversa modalità per dare attuazione al contenuto del principio di proporzionalità potrebbe essere quella di fare una valutazione più o meno intuitiva, senza ricorrere alla predisposizione di un test, in modo da valutare la legittimità della misura impiegata, alla luce dell'importanza dei diritti in gioco e della restrizione loro imposta. Un ulteriore modo potrebbe essere quello di assegnare a ciascun diritto concorrente una grandezza numerica e condurre, su tali basi, un'analisi costi benefici come se fosse un'operazione matematica.

¹³ L'articolo 36 della Costituzione del Sud Africa del 1996, rubricato "Limitazione dei Diritti", ha il seguente tenore testuale:

“(1) I diritti garantiti in questo Bill of rights possono essere limitati esclusivamente da una legge generale ed unicamente nel caso in cui le limitazioni siano ragionevoli e giustificabili in una società aperta e democratica, fondata sulla dignità umana, sull'eguaglianza e sulla libertà, prendendo in considerazione tutti i fattori rilevanti, tra cui:

- a) la natura del diritto;*
- b) l'importanza dello scopo della limitazione;*
- c) la natura ed il grado di estensione della limitazione;*

proporzionalità, nella duplice accezione di principio e di standard ermeneutico, è esplicitamente prevista nel testo della Costituzione.

Di regola, invece, il principio di proporzionalità non è espressamente sancito in Costituzione e viene ricavato, in via argomentativa, a partire dal modo in cui sono formulate le clausole costituzionali, che disciplinano le limitazioni ai diritti fondamentali. Si pensi, a tal proposito, a quelle clausole che legittimano le restrizioni ai diritti fondamentali nella misura e nelle forme che sono “necessarie in una società democratica”¹⁴. Generalmente, dunque, il fondamento normativo del principio di proporzionalità, all’interno di un determinato ordinamento costituzionale, è di tipo implicito. A tal proposito, si pensi all’esperienza costituzionale italiana, ove il principio di proporzionalità è dedotto come specificazione di un altro principio, a sua volta implicito: il principio di ragionevolezza (quest’ultimo ricavato argomentando dal principio di uguaglianza di cui all’articolo 3 della Costituzione)¹⁵.

II. Le origini prussiane della nozione di proporzionalità

Le origini del principio di proporzionalità si rinvergono nello Stato di Polonia prussiano del XVIII secolo, ove, nell’ambito del diritto amministrativo¹⁶, la proporzionalità costituiva il principale criterio tramite cui valutare le sanzioni e, più in generale, tutte le misure restrittive.

Il Codice Civile prussiano del 1794 (ALR) conteneva una previsione, l’articolo 10(2), che consentiva al Governo di esercitare i poteri di polizia necessari per garantire la pubblica sicurezza; al tempo stesso, la disposizione circoscriveva

d) *il rapporto tra la limitazione ed il suo scopo;*

e) *le modalità meno restrittive possibili per il raggiungimento di tale scopo.*

(2) *Salvo quanto previsto nel comma (1) o in qualsiasi altra disposizione della Costituzione, nessuna legge può limitare i diritti garantiti nel Bill of rights”.*

Fonte: http://www.carlofusaro.it/materiali/costituzione_sudafrica.html

¹⁴ Espressioni di tale portata si rinvergono sia nella clausola generale, prevista dalla Sezione I, della *Canadian Charter of Rights and Freedoms* (1982), sia nelle numerose clausole presenti nella Convenzione Europea per la salvaguardia dei Diritti dell’Uomo.

¹⁵ Si rinvia, a tal proposito, al Par. III. del Capitolo III.

¹⁶ A. Barak, *Proportionality. Constitutional Rights and their Limitations*, cit., pp. 178 – 179.

l'esercizio di tali poteri, consentendo solamente le misure necessarie al raggiungimento del suddetto scopo¹⁷. L'espressione "misure necessarie", presente nel testo della previsione normativa, costituì, in Germania, il primo riferimento normativo in favore dell'utilizzo del principio di proporzionalità e del relativo standard ermeneutico.

Il criterio della proporzionalità fu, poi, espressamente formulato e sviluppato ad opera del Tribunale Amministrativo prussiano, secondo il quale si consideravano proporzionati solamente quei provvedimenti che non ponessero limitazioni delle libertà individuali, oltre quanto risultasse strettamente funzionale al perseguimento di una specifica finalità pubblica. Ad esempio, nella prima pronuncia del giudice amministrativo prussiano, il caso *Kreuzberg*¹⁸ del 1882, fu ritenuta invalida un'ordinanza con cui veniva disposta la chiusura di un negozio di generi alimentari, nel quale si vendevano alcolici senza la prescritta licenza, dal momento che la pubblica autorità non aveva valutato la possibilità di adottare un provvedimento sanzionatorio meno lesivo degli interessi privati coinvolti¹⁹. Già da questa prima formulazione si coglie il nucleo centrale del principio di proporzionalità, secondo cui la Pubblica Amministrazione, nell'esercizio dei compiti attribuitele dalla legge, è tenuta ad adottare la soluzione idonea e necessaria, comportante il minor sacrificio possibile per le posizioni dei privati coinvolti.

Nel limitato ambito di applicazione della proporzionalità alle misure di polizia, il giudizio del Tribunale Amministrativo appariva, dunque, sostanzialmente agevole, riguardando, nella maggior parte dei casi, la relazione tra una gamma definita di strumenti ispettivi, investigativi e repressivi a disposizione delle forze dell'ordine, e la finalità, tipica dell'attività di polizia, di garantire la sicurezza e la tranquillità dei cittadini.

¹⁷ M. Cohen-Eliya, I. Porat, *Proportionality and Constitutional Culture*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013, p. 25. L'articolo 10(2) era così formulato: "The police is to take the necessary measures for the maintenance of public peace, security and order".

¹⁸ Sentenza del Tribunale Amministrativo prussiano del 14 giugno 1882, in PrOVGE 9, 353.

¹⁹ G. Scaccia, *Gli strumenti della ragionevolezza nel giudizio costituzionale*, Milano, Giuffrè Editore, 2000, pp. 264-265.

Pertanto, nello Stato di Polizia prussiano il principio di proporzionalità era posto a garanzia della “libertà dall’azione statale” e si esprimeva, in definitiva, in giudizi di natura quantitativa, senza comportare scelte di carattere valutativo. In effetti, dal momento che la libertà, nello Stato di polizia, era configurabile solamente in senso negativo, come “esenzione da costrizioni legali”, il controllo esercitato alla stregua del criterio di proporzionalità si risolveva in un riscontro di idoneità e di necessità dei mezzi impiegati dall’autorità amministrativa per lo svolgimento dell’azione statale. Erano, viceversa, escluse forme di bilanciamento degli interessi.

III. La costituzionalizzazione del principio di proporzionalità ad opera della Corte Costituzionale tedesca

Con la fine della seconda guerra mondiale e del regime nazista e con l’avvento dello Stato Costituzionale, lo scenario mutò radicalmente. Innanzitutto, i diritti fondamentali (ed, in particolare, i diritti di libertà) vennero posti al centro dell’ordinamento giuridico, quali principi fondanti. In tale prospettiva, non era, dunque, più possibile giustificare la limitazione dei diritti fondamentali sulla base della sola realizzazione di un interesse pubblico (come avveniva nello Stato di polizia prussiano).

Per quanto concerne il criterio della proporzionalità, esso si affrancò dal diritto amministrativo prussiano per irradiarsi in altri rami del diritto tedesco, a cominciare dal diritto costituzionale. Sebbene la Costituzione tedesca del 1949 non contenga alcuna esplicita previsione che faccia riferimento al principio di proporzionalità, quest’ultimo è diventato uno dei principi cardini del diritto costituzionale tedesco²⁰. Infatti, la Corte Costituzionale tedesca ha elevato il canone della proporzionalità a principio costituzionale, fino al punto di definire la proporzionalità un principio architettonico, in grado di guidare tutte le azioni statali²¹.

²⁰ S. Ranchordàs, B. de Ward, *The Judge and the Proportionate Use of Discretion*, New York, Routledge, 2016, pp. 29 ss.

²¹ Si veda, a tal proposito, S. Ranchordàs, B. de Ward, *The Judge and the Proportionate Use of Discretion*, cit., p. 13.

Il fondamento normativo della proporzionalità si rinviene, secondo la Corte Costituzionale tedesca, sia nella nozione di “*rule of law*” (o, meglio, nel concetto di *Rechtsstaat*), sia nella natura dei diritti fondamentali, che trovano esplicito riconoscimento nel testo costituzionale. Infatti, ad eccezione della dignità umana, che viene espressamente qualificata come assoluta dalla Costituzione, tutti gli altri diritti sono relativi: alcuni articoli prevedono specifiche clausole di deroga ai diritti; altri statuiscono semplicemente che i diritti possono essere limitati dalla legge. Dal canto suo, la Corte Costituzionale tedesca ha sempre ribadito che tutti i diritti sanciti nella Costituzione – ad eccezione della dignità umana – sono sottoposti al controllo condotto mediante il parametro della proporzionalità²².

L’evoluzione del principio di proporzionalità rispetto allo Stato di Polizia prussiano è, dunque, evidente. La proporzionalità non è più il criterio con il quale vengono applicate e valutate le misure di polizia e il suo campo di applicazione non è più circoscritto al diritto amministrativo. Al contrario, la proporzionalità, nella lettura data dalla Corte Costituzionale tedesca, costituisce un principio, di natura globale, capace di influenzare e forgiare tutti i rami del diritto, ad iniziare dal diritto costituzionale.

Inoltre, la Corte Costituzionale tedesca, nel dare pratica attuazione al principio di proporzionalità, ha delineato un test di proporzionalità, articolato in quattro passaggi²³: legittimità dello scopo, mediante il quale si verifica che il legislatore abbia agito per un fine legittimo; idoneità, in base al quale l’atto deve essere oggettivamente idoneo a raggiungere lo scopo prefissato; necessità, secondo il quale il provvedimento legislativo deve essere necessario per promuovere il raggiungimento dell’obiettivo; proporzionalità in senso stretto, che esamina gli

²² A. Barak, *Proportionality. Constitutional Rights and their Limitations*, cit., p. 180.

²³ *Supra*, nota 10, si è dato atto che, talvolta, il primo passaggio, la legittimità dello scopo, non viene ricompreso all’interno del test di proporzionalità. D’altro canto, però, vi è anche chi ha proposto una ricostruzione del test di proporzionalità articolata in cinque passaggi. A tal proposito, si veda M. Heintzen, *Il principio di proporzionalità. Un cosmopolita tedesco del diritto costituzionale*, Modena, Mucchi Editore, 2015. L’autore, dopo aver analizzato la legittimità dello scopo, infatti, esamina la legittimità del mezzo, prima di procedere alla verifica dell’idoneità, della necessità e della proporzionalità in senso stretto.

effetti dell'atto legislativo in termini di benefici e di sacrifici imposti ad altri diritti ed interessi in gioco.

Quest'ultima fase comporta la ponderazione vera e propria, consistente nella comparazione tra i beni, i valori e gli interessi coinvolti nella scelta legislativa. Essa rappresenta una conquista dello Stato Costituzionale²⁴; si è osservato, infatti, che, nello Stato di Polizia prussiano, non vi era alcuno spazio per forme di bilanciamento, dal momento che il controllo condotto alla stregua del principio di proporzionalità si risolveva in un riscontro di idoneità e di necessità dei mezzi impiegati. Dunque, *“il legame concettuale tra bilanciamento e proporzionalità diventa possibile solo nel moderno stato costituzionale”*²⁵, attraverso l'elaborazione di un ulteriore passaggio all'interno dello standard argomentativo della proporzionalità, dedicato appunto alle operazioni di ponderazione tra beni ed interessi costituzionalmente rilevanti.

IV. La diffusione generalizzata della proporzionalità

Il modello tedesco, delineato al paragrafo precedente, ha conosciuto nel corso degli anni notevole successo, tanto da costituire oggi un *“... tratto fondamentale del neo – costituzionalismo contemporaneo”*²⁶.

In particolare, lo standard argomentativo della proporzionalità rappresenta al giorno d'oggi un criterio di valutazione ed uno schema interpretativo fatto proprio, con le dovute differenze, sia dalla Corte Europea dei diritti dell'uomo²⁷, sia dalla Corte di Giustizia dell'Unione Europea²⁸. In un secondo momento, anche soprattutto grazie all'influenza esercitata dalle Corti di Strasburgo e di

²⁴ Si veda, a tal proposito, N. Viceconte, *Proporzionalità e bilanciamento d'interessi nelle decisioni delle corti*, in G. Azzariti, *Interpretazione costituzionale*, Torino, Giappichelli Editore, 2007, pp. 190-191.

²⁵ G. Scaccia, *Gli strumenti della ragionevolezza nel giudizio costituzionale*, cit., p. 267.

²⁶ M. Cartabia, *I principi di ragionevolezza e proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale italiana*, Conferenza trilaterale delle Corti Costituzionali italiana, portoghese e spagnola svoltasi a Roma, Palazzo della Consulta, 24 – 26 Ottobre 2013, consultabile sul sito della Corte Costituzionale www.cortecostituzionale.it, p. 5.

²⁷ A. Barak, *Proportionality. Constitutional Rights and their Limitations*, cit., pp. 183 – 184.

²⁸ A. Barak, *Proportionality. Constitutional Rights and their Limitations*, cit., pp. 184 – 186.

Lussemburgo²⁹, il canone della proporzionalità si è diffuso anche in molte esperienze costituzionali dell'Europa Occidentale, fra le quali la Spagna, il Portogallo, la Francia, l'Italia, il Belgio, la Grecia e la Svizzera.

A seguito dell'adozione della *Canadian Charter of Rights and Freedoms* nel 1982, l'approccio, strutturato in un test, al principio di proporzionalità, è stato regolarmente adottato in Canada³⁰. Dal Canada, poi, la tecnica interpretativa della proporzionalità è sbarcata sulle coste dell'Australia, della Nuova Zelanda³¹ e del Sud Africa³², per giungere in tempi più recenti nello stato di Israele³³, in India ed in Corea del Sud³⁴.

In sostanza, si ha un'ampia diffusione della proporzionalità, nella duplice accezione di principio e di standard ermeneutico, in grado di fornire uno schema logico-interpretativo a disposizione dei giudici per risolvere complesse questioni di costituzionalità delle leggi.

V. I diritti fondamentali come principi

Fra le ragioni che possono spiegare il successo della nozione di proporzionalità, viene in rilievo, come osservato in precedenza, il solido legame che si instaura tra la proporzionalità, da un lato, e la cultura dei diritti fondamentali, dall'altro. Tale tematica merita di essere approfondita, analizzando, in primo luogo, la natura dei diritti fondamentali.

²⁹ Si veda *supra* Par. I.

³⁰ Si veda la sentenza *R. v. Oakes*, 1 SCR 103, (1986): il *Chief Justice* Dickson, chiamato a pronunciarsi su quali fossero i *reasonable limits* (previsti dalla Sezione I della *Canadian Charter of Rights and Freedoms*) che potessero essere imposti ai diritti e alle libertà garantiti dalla *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, fece proprio e sviluppò un test di proporzionalità, suddiviso in quattro gradi di scrutinio. Il tema verrà ampiamente trattato nel Capitolo II, relativo all'esperienza costituzionale canadese.

³¹ A. Barak, *Proportionality. Constitutional Rights and their Limitations*, cit., pp. 194 – 197.

³² A. Barak, *Proportionality. Constitutional Rights and their Limitations*, cit., pp. 197 – 198.

³³ A. Barak, *Proportionality. Constitutional Rights and their Limitations*, cit. pp. 208 – 210.

³⁴ M. Cohen-Eliya, I. Porat, *Proportionality and the Culture of Justification*, in 59 *The American Journal of Comparative Law*, 2011, No. 2, 463, pp. 464-465.

Si rende, a questo punto, necessaria un'osservazione di carattere preliminare. Il panorama giuridico dello Stato Costituzionale è caratterizzato dalla centralità dei diritti e dall'espressa previsione di diritti e di valori etico-politici nei documenti costituzionali. I diritti fondamentali, presenti nelle Costituzioni, sono molti ed eterogenei. Se guardiamo, poi, al modo in cui sono codificati i diritti fondamentali nelle Costituzioni contemporanee, ci accorgiamo che si tratta di formulazioni estremamente ampie ed indeterminate. Spesso i diritti sono tra di loro reciprocamente incompatibili e, solamente in casi eccezionali, sono ordinati in relazioni gerarchiche o di prevalenza³⁵. Le Costituzioni contemporanee racchiudono, infatti, una concezione dignitaria dei diritti, che si distingue da quella libertaria, per il fatto che i diritti fondamentali non sono mai affermati in termini assoluti; al contrario, sono tutti posti espressamente su un medesimo piano, quantomeno formale³⁶, ed hanno pari dignità costituzionale. In altri termini, i diritti fondamentali sono partecipi di un tessuto costituzionale complesso, *“all'interno del quale altri diritti e altri interessi, di analogo livello costituzionale, possono legittimamente limitarne la capacità espansiva”*³⁷.

Talvolta, alla previsione di un diritto si accompagna anche l'indicazione di uno o più fattori che possono legittimamente limitare quel medesimo diritto³⁸; tuttavia, anche tali previsioni sono solitamente formulate in maniera generica³⁹. Altre volte, invece, alcuni diritti fondamentali sono qualificati espressamente come *“inviolabili”* dalla Costituzione; tale qualificazione, però, spesso si risolve in una mera formulazione linguistica, dal momento che, nella pratica del trattamento legislativo e giurisprudenziale, è prassi costante assoggettare quei diritti a

³⁵ Si pensi alla dottrina delle *preferred positions* elaborata negli Stati Uniti. A tal proposito, si rinvia ai Parr. IV e IV.2. del Capitolo IV.

³⁶ G. Pino, *Diritti e interpretazione. Il ragionamento giuridico nello Stato costituzionale*, Bologna, Il Mulino, 2010, pp. 7 ss.

³⁷ M. Cartabia, *I principi di ragionevolezza e proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale italiana*, cit., p. 9.

³⁸ Si ricordano le parole di Roberto Bin, secondo il quale *“... ogni principio viene predicato insieme al suo limite, ogni regola è posta con la sua eccezione, ogni potere è attribuito assieme al suo contropotere”*, in R. Bin, *Ragionevolezza e divisione dei poteri*, in M. La Torre, A. Spadaro (a cura di), *La ragionevolezza nel diritto*, Torino, Giappichelli Editore, 2002, p. 70.

³⁹ Si pensi ai concetti di *“ordine pubblico”*, di *“buon costume”*, di *“sicurezza e libertà umana”*. Il passaggio è stato ben illustrato da G. Pino, *Diritti fondamentali e principio di proporzionalità*, in *2 Ration pratica*, 2014, 541, pp. 544 ss.

limitazioni ragionevoli, per evitare che la loro tutela interferisca eccessivamente con altri diritti fondamentali. In definitiva, nelle Costituzioni contemporanee, *“non esistono, o comunque non dovrebbero essere ammissibili, almeno in via ordinaria, diritti fondamentali che non siano intrinsecamente flessibili, moderati, equilibrati, passibili di ponderazione/bilanciamento. In una parola: relazionali e dunque ragionevoli”*⁴⁰. Ne consegue che il “carattere fondamentale” dei diritti fondamentali è rappresentato dalla “relazionalità”, cioè dalla capacità di rapportarsi tra di loro e non da pretese di assolutezza di alcuni nei confronti di altri.

Le caratteristiche individuate costituiscono una costante delle Costituzioni contemporanee e sono strettamente legate al carattere pluralista di queste ultime. Le Costituzioni contemporanee sono, infatti, il frutto di compromessi tra differenti forze politiche, ciascuna portatrice di una propria ideologia⁴¹; tali documenti considerano, inoltre, il pluralismo, non solo un dato di fatto, di cui non si può fare a meno, ma un *“valore da preservare, e forse l'unico (meta)-valore più importante di tutti gli altri”*⁴². Illuminanti sono, a tal proposito, le parole di Gustavo Zagrebelsky, secondo il quale *“il pluralismo deve avere nella Costituzione la sua difesa”*; ed, ancora, *“la Costituzione, in altre parole, non è causa del pluralismo (essendone, invece, il prodotto), ma ne deve essere la garanzia”*⁴³.

Le Costituzioni moderne sono, altresì, pensate sia per applicarsi, almeno potenzialmente, a tutta la società civile, sia per durare molto a lungo nel tempo. È evidente, pertanto, che, se una Costituzione presenta questi connotati ed ha come scopo la realizzazione dei suddetti obiettivi, allora caratteristiche come il sovrappiombamento dei diritti⁴⁴, la loro codificazione con formulazioni ampie e

⁴⁰ A Spadaro, *Dall'indisponibilità (tirannia) alla ragionevolezza (bilanciamento) dei diritti fondamentali. Lo sbocco obbligato: l'individuazione di doveri altrettanto fondamentali*, in *1 Politica del diritto*, marzo 2006, 167, p. 172.

⁴¹ G. Zagrebelsky, *Giustizia Costituzionale*, cit., p. 50.

⁴² G. Pino, *Conflitti tra diritti fondamentali. Una critica a Luigi Ferrajoli*, in *2 Filosofia politica*, Agosto 2010, 287, p. 289.

⁴³ G. Zagrebelsky, *La legge e la sua giustizia. Tre capitoli di giustizia costituzionale*, Bologna, Il Mulino, 2008, p. 275.

⁴⁴ G. Pino, *Il linguaggio dei diritti*, in *2 Ragion pratica*, dicembre 2008, 393, p. 396.

generiche, la loro apertura a compromessi e ponderazioni “*non rappresentano un mero effetto collaterale, accidentale ed indesiderato, della tecnica di redazione delle Costituzioni democratiche e pluraliste: semplicemente, non potrebbe essere altrimenti*”⁴⁵.

Riprendendo il discorso in merito alla natura dei diritti fondamentali, appare condivisibile la teoria dei diritti fondamentali, proposta da Robert Alexy⁴⁶ e apprezzata in dottrina⁴⁷, che qualifica i diritti fondamentali come principi⁴⁸. Per capire quale sia la reale natura dei diritti fondamentali, risulta, pertanto, necessario esaminare quale siano i tratti caratteristici dei principi ed in cosa differiscano dalle regole.

V.1. La distinzione tra regole e principi

La distinzione tra regole e principi non è affatto nuova: numerose ricostruzioni dei due concetti sono state elaborate in dottrina. In questa sede, si intende proporre una separazione forte tra regole e principi, sebbene non si trascuri l'esistenza di altre teorie, a partire da quella della c.d. separazione debole⁴⁹.

⁴⁵ G. Pino, *Diritti e interpretazione. Il ragionamento giuridico nello Stato costituzionale*, cit., p. 9.

⁴⁶ R. Alexy, *Teoria dei diritti fondamentali*, cit., cap. 3.

⁴⁷ Si veda G. Zagrebelsky, *Il diritto mite*, Torino, Einaudi, 1992, pp. 148 ss. L'autore sottolinea che “*le norme costituzionali sui diritti e sulla giustizia sono prevalentemente principi*” (p. 148).

⁴⁸ Una diversa teoria dei diritti fondamentali, non condivisa nel presente lavoro, è quella proposta da L. Ferrajoli, *Diritti fondamentali. Un dibattito teorico*, a cura di E. Vitale, Bari, Editori Laterza, 2008, pp. 5 - 40. L'autore fornisce dapprima una definizione teorica di diritto fondamentale, secondo cui “*sono diritti fondamentali tutti quei diritti soggettivi che spettano universalmente a tutti gli esseri umani in quanto dotati dello status di persone, o di cittadini o di persone incapaci d'agire; inteso per diritto soggettivo qualunque aspettativa positiva (a prestazioni) o negativa (a non lesioni) ascritta ad un soggetto da una norma giuridica*” (p. 5). Successivamente, la categoria dei diritti fondamentali viene suddivisa in quattro classi: i diritti umani, i diritti pubblici, i diritti civili ed i diritti politici.

⁴⁹ Si veda G. Pino, *Diritti e interpretazione. Il ragionamento nello Stato costituzionale*, cit., pp. 53 ss. L'autore condivide la teoria della distinzione debole, partendo dall'assunto che regole e principi differiscono essenzialmente per il diverso grado di genericità e di indeterminatezza riscontrabile sia nelle fattispecie, sia nelle conseguenze giuridiche. Infatti, anche le regole, nell'ottica dell'autore, possono presentare una fattispecie generica, ma “*ad esse si associa una conseguenza, o anche più conseguenze alternative, indicate in maniera precisa*”. Ciò che non sembra, tuttavia, condivisibile di tale ricostruzione è l'affermazione che regole e principi non differiscono sia dal punto di vista qualitativo, sia per quanto concerne la loro considerazione e la loro posizione nell'ordinamento giuridico.

Innanzitutto, occorre precisare che sia le regole, sia i principi, sono norme⁵⁰. Le norme devono essere tenute distinte dalle disposizioni. Con il termine disposizione, si intende l'enunciato normativo, racchiuso in una fonte del diritto; viceversa, la norma indica non l'enunciato, ma piuttosto il suo significato, ottenuto attraverso un procedimento interpretativo. La disposizione, dunque, è *“l'oggetto dell'interpretazione, la norma il suo risultato”*⁵¹.

Chiarito che ogni ordinamento giuridico include due tipi di norme, le regole e i principi, è opportuno adesso analizzarne le differenze.

La regola è una norma che presenta carattere condizionale, in quanto collega una qualsiasi conseguenza giuridica (B) ad una classe di fatti (A): se A, allora B. Il concetto di principio, invece, è qualcosa di più complesso e merita di essere approfondito. Tradizionalmente, la distinzione tra regola e principio è sia di tipo strutturale⁵², sia di tipo qualitativo⁵³, sia per quanto riguarda la considerazione all'interno dell'ordinamento⁵⁴.

V.1.1. I principi come norme generiche ed indeterminate

Una prima caratteristica, che differenzia i principi dalle regole, attiene alla struttura ed al contenuto: i principi sono norme indeterminate⁵⁵, nel senso che

⁵⁰ R. Alexy, *Teoria dei diritti fondamentali*, cit., p. 103.

⁵¹ R. Guastini, *Interpretare e argomentare*, Milano, Giuffrè Editore, 2011, p. 64. L'autore precisa, poi, che la distinzione tra norma e disposizione si rende necessaria dal momento che tra le due non sussiste una corrispondenza biunivoca. Infatti, così come ad ogni disposizione non corrisponde una ed una sola norma, ad una norma non corrisponde una ed una sola disposizione. Esistono, a ben vedere, sia disposizioni che esprimono più norme congiuntamente, sia disposizioni c.d. ambigue, nel senso che una disposizione esprime più norme disgiuntamente (l'una o l'altra norma, a seconda delle possibili interpretazioni), sia ancora disposizioni sinonimiche. Sul versante delle norme, poi, sono rintracciabili sia norme ricavate in via interpretativa da più disposizioni, sia norme prive di una disposizione, quali ad esempio le norme consuetudinarie.

⁵² I principi come norme generiche ed indeterminate.

⁵³ I principi come precetti di ottimizzazione.

⁵⁴ I principi come norme fondamentali.

⁵⁵ Il carattere dell'indeterminatezza, tuttavia, non è, da sé, sufficiente a distinguere i principi dalle regole, per un duplice ordine di ragioni. In primo luogo, i principi presentano un'indubbia componente assiologica che l'indeterminatezza non è in grado di esprimere. In secondo luogo, l'indeterminatezza, intesa come vaghezza semantica, è presente, con gradi diversi, in ogni norma dell'ordinamento e, quindi, sia nelle regole, sia nei principi.

presentano una fattispecie aperta, sono defettibili e derogabili e sono connotati da genericità.

In primo luogo, i principi presentano una fattispecie aperta, nel senso che la norma non prevede espressamente i fatti, in presenza dei quali si produce la conseguenza giuridica corrispondente⁵⁶. Al contrario, le regole sono norme con fattispecie chiusa, dal momento che enumerano espressamente la classe di fatti cui si connette la conseguenza giuridica. In altre parole, la differenza può essere così sintetizzata: “l’antecedente di una norma è chiuso nello stesso senso in cui può dirsi chiusa una enumerazione esaustiva, aperto nello stesso senso in cui può dirsi aperta una enumerazione meramente esemplificativa”⁵⁷. Nel primo caso, si sarà in presenza di una regola, nel secondo di un principio.

I principi sono, poi, norme defettibili e derogabili, mentre le regole sono norme indefettibili ed inderogabili⁵⁸. Quest’ultime, infatti, prevedono sia i fatti in presenza dei quali si produce la conseguenza giuridica connessa, sia i fatti, nel senso di eccezioni, in presenza delle quali tale conseguenza non può prodursi. Dunque, una norma si considera indefettibile, allorché non tollera eccezioni al di fuori di quelle espressamente stabilite dalla norma medesima. Viceversa, una norma è defettibile, se ammette eccezioni non previste né nella norma stessa, né in altre norme dell’ordinamento. È quest’ultimo il caso dei principi, che ammettono eccezioni inesprese e, dunque, indeterminate⁵⁹.

⁵⁶ Si veda anche R. Bin, *Diritti e argomenti*, Milano, Giuffrè Editore, 1992. Secondo l’autore, i principi, a differenza delle regole, sono norme senza fattispecie normativa e a prescrizione generica. Si veda, altresì, G. Zagrebelsky, *La legge e la sua giustizia. Tre capitoli di giustizia costituzionale*, cit., p. 215.

⁵⁷ R. Guastini, *Interpretare e argomentare*, cit., p. 177. L’autore precisa, in nota, che la questione intorno al carattere tassativo o meno di un elenco presenta un carattere discrezionale, in quanto dipende, in ultima analisi, dall’interpretazione.

⁵⁸ R. Guastini, *Ponderazione. Un’analisi dei conflitti tra principi costituzionali*, in *1 Ragion pratica*, giugno 2006, 151, pp. 155-156.

⁵⁹ Ad esempio, l’articolo 3 della Costituzione italiana vieta al legislatore di discriminare tra i cittadini in base al sesso, alla razza, alla lingua, alla religione, alle opinioni politiche, alle condizioni personali e sociali. La Corte Costituzionale ha, però, chiarito che una legge può essere dichiarata incostituzionale, anche se effettua distinzioni sulla base di un altro criterio, non ricompreso nella lista dei criteri di discriminazione espressamente vietati. Dall’altro lato, sempre secondo la Corte Costituzionale, una norma, in presenza di determinate circostanze, può essere

In terzo luogo, i principi sono norme connotate da genericità; le regole, viceversa, sono norme precise, circostanziate⁶⁰. Una norma si considera precisa, allorché è immediatamente suscettibile di applicazione ad un caso concreto; in tale ipotesi può essere utilizzata come premessa maggiore in un ragionamento di tipo sillogistico⁶¹. Di contro, una norma si considera generica se, di per sé, non può essere utilizzata per risolvere una controversia concreta. Quest'ultimo è proprio il caso dei principi, che richiedono la formulazione di ulteriori norme, che li concretizzino e diano loro attuazione, per poter essere idonei a risolvere fattispecie concrete. Inoltre, le modalità, attraverso cui dare concretizzazione ad un principio, sono molteplici e diverse tra di loro.

V.1.2. I principi come precetti di ottimizzazione

Un'altra distinzione tra principi e regole è di ordine funzionale⁶² o, per usare l'espressione di Robert Alexy, di tipo qualitativo⁶³. Infatti, i principi si differenziano dalle regole, non solo per la loro struttura o per il loro contenuto, ma anche per il fatto che principi e regole operano in maniera diversa all'interno del ragionamento giuridico.

Le regole rispondono, infatti, alla logica del "tutto-o-niente"⁶⁴: questa espressione sta a significare che, qualora i fatti previsti dalla regola si realizzino, ad essa si debba necessariamente obbedire. In altre parole, le regole o si applicano, dal momento che il caso concreto rientra nel loro campo di applicazione o, viceversa, non si applicano affatto, poiché la fattispecie in questione esula dal loro ambito di applicazione. In questo senso, si parla di logica del "tutto-o-niente", dal momento che non sono date ulteriori alternative.

conforme a Costituzione anche se distingue i cittadini sulla base di uno dei criteri espressamente vietati.

⁶⁰ R. Guastini, *Interpretare e argomentare*, cit., pp. 179 - 180.

⁶¹ Ad esempio: "I delinquenti devono essere puniti. Caio è un delinquente. Caio, quindi, deve essere punito".

⁶² C. Pinelli, *Principi, regole, istituti*, in *1 Diritto Pubblico*, gennaio - aprile 2015, 35, p. 41.

⁶³ R. Alexy, *Teoria dei diritti fondamentali*, cit., p. 106.

⁶⁴ R. Dworkin, *I diritti presi sul serio*, cit., p. 51.

Questo non è il modo con cui funzionano i principi. Essi, infatti, non sono norme che possono essere sempre realizzate o non realizzate. I principi, piuttosto, sono *“norme che prescrivono che qualcosa è da realizzare nella misura più alta possibile, relativamente alle possibilità giuridiche e fattuali. I principi sono, secondo questa formulazione, precetti di ottimizzazione, caratterizzati dal fatto che possono essere realizzati in gradi diversi e che la misura prescritta della loro realizzazione dipende non solo dalle possibilità fattuali, ma anche dalle possibilità giuridiche. L’ambito delle possibilità giuridiche è determinato attraverso principi e regole collidenti”*⁶⁵.

I principi, dunque, in quanto precetti di ottimizzazione, sfuggono alla logica del tutto-o-niente⁶⁶; essi, piuttosto, possono essere soddisfatti con diversa intensità. A tal proposito, risultano particolarmente rilevanti le circostanze di fatto e di diritto, intendendo con le prime le caratteristiche del caso concreto e con le seconde le altre norme presenti nell’ordinamento e rilevanti per la soluzione di un caso specifico⁶⁷.

V.1.3. I principi come norme fondamentali

Per quanto riguarda la considerazione e la posizione nel sistema giuridico, i principi si distinguono dalle regole, in quanto sono norme fondamentali. Il concetto di norma fondamentale può essere letto in una duplice accezione.

In primo luogo, i principi sono fondamentali, dal momento che sono norme che caratterizzano l’ordinamento giuridico, nel senso che rappresentano elementi essenziali per identificare la fisionomia e le caratteristiche del sistema di riferimento.

⁶⁵ R. Alexy, *Teoria dei diritti fondamentali*, cit. p. 106.

⁶⁶ G. Zagrebelsky, *La legge e la sua giustizia. Tre capitoli di giustizia costituzionale*, cit., p. 216. L’autore sottolinea che i principi possono contribuire ad introdurre all’interno dell’ordinamento elasticità, superando l’alternativa della logica “tutto-o-niente”.

⁶⁷ R. Bin. *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, cit., pp. 39 - 40.

In secondo luogo, si parla di norme fondamentali, in quanto sono “*fondanti e non fondate*”⁶⁸. Ciò sta a significare, innanzitutto, che i principi attribuiscono fondamento e giustificazione assiologica ad altre norme dell’ordinamento. Di solito, infatti, un principio costituisce il fondamento assiologico di numerose altre norme. Inoltre, sono fondamentali dal momento che non necessitano, a loro volta, di alcun fondamento assiologico⁶⁹; i principi, generalmente, sono considerati nella cultura giuridica contemporanea, come norme tendenzialmente “giuste” e “corrette”.

VI. Le implicazioni della normazione costituzionale per principi

I principi costituzionali, come rilevato in precedenza⁷⁰, a causa della loro indeterminatezza, non possono essere immediatamente applicati, senza una previa concretizzazione. La concretizzazione di un principio non è un’operazione a carattere interpretativo⁷¹. Si tratta, piuttosto, di “*un’operazione costruttiva*”⁷², che comporta l’utilizzazione di un principio in un ragionamento, il cui prodotto finale è la creazione di una nuova fattispecie, a carattere inespresso, che costituisce, giustappunto, attuazione del principio in questione⁷³.

A causa, però, del carattere indeterminato e generico dei principi, la loro attuazione può portare a molteplici e diversi risultati. Infatti, le norme di principio possono, in concreto, applicarsi a fattispecie eterogenee e non predeterminabili a priori; analogamente, risulta arduo predeterminare in maniera esaustiva tutte le conseguenze cui l’applicazione di un principio può dare luogo⁷⁴. È evidente,

⁶⁸ R. Guastini, *Interpretare e argomentare*, cit., p. 176.

⁶⁹ Altra cosa è, invece, il fondamento normativo dei principi che può essere esplicito od implicito.

⁷⁰ Si veda *supra* Par. V.1.1.

⁷¹ Al riguardo, si veda G. Zagrebelsky, *Diritto per valori, principi o regole?*, in 31 *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, tomo II, 2002, 865, ove l’autore sottolinea che “*non è interpretazione - nel senso in cui questo termine è impiegato dai giuristi -, perché le formule che esprimono i principi giuridici contengono ben poco da interpretare*” (p. 876).

⁷² R. Guastini, *Interpretare e argomentare*, cit., p. 201.

⁷³ Si parla di “operazione costruttiva”, tenendola, però, ben distinta dalla “creazione di diritto nuovo”. Infatti, l’espressione “operazione costruttiva” indica “*una estensione del campo di azione del diritto a materie, rapporti, situazioni nuove. Il caso, infatti, ricade già sotto il diritto*” in G. Zagrebelsky, *Diritto per: valori, principi o regole?*, cit., p. 876.

⁷⁴ G. Pino, *Diritti fondamentali e principio di proporzionalità*, cit., p. 545.

pertanto, che le norme di principio presentano un campo di applicazione particolarmente esteso, difficilmente ricostruibile a livello astratto⁷⁵.

Anche i diritti fondamentali - presentando la natura di principi - hanno un campo di applicazione molto ampio, generico ed indeterminato. Possono, infatti, essere esercitati con diverse modalità; possono venire in rilievo in molteplici contesti differenti e non è possibile prevedere, in maniera esaustiva, cosa realmente richiede il rispetto di un diritto fondamentale. Ne consegue che, proprio a causa della loro genericità ed indeterminatezza, l'esercizio dei diritti fondamentali, nella maggior parte dei casi, può comportare un'interferenza (un conflitto) con altri diritti fondamentali. E non è possibile stabilire a priori ed in maniera esaustiva le occasioni, le caratteristiche e le modalità di questa interferenza.

Ma vi è di più. Nel tracciare la distinzione tra regole e principi, si è osservato che i principi costituiscono dei precetti di ottimizzazione. Proprio perché essi tendono tutti a realizzarsi nella misura maggiore possibile, finiscono col porsi in contrasto l'uno con l'altro; dunque, anche i diritti fondamentali, in quanto principi, sono inevitabilmente in conflitto tra di loro⁷⁶.

In definitiva, la normazione dei diritti come principi, conduce a prendere atto dell'inevitabile tensione che si instaura tra i diritti⁷⁷ e dell'ineludibile presenza di conflitti tra diritti/principi⁷⁸.

⁷⁵ G. Pino, *Diritti fondamentali e principio di proporzionalità*, cit., ove l'autore sottolinea che “*nel costituzionalismo dei diritti, tutto l'ordinamento, potenzialmente, risulta impregnato di principi costituzionali, non esistono zone d'ombra dal punto di vista dei principi costituzionali (zone lasciate ad una piena e incontrollabile discrezionalità politica, political questions); è possibile sussumere qualunque pretesa che non sia del tutto folle, o qualunque situazione che non sia radicalmente grottesca, nell'ambito di applicabilità di un principio costituzionale o fondamentale*” (p. 545).

⁷⁶ R. Alexy, *Teoria dei diritti fondamentali*, cit., pp. 106 ss.

⁷⁷ Si veda, a tal proposito, R. Bin, *Che cos'è la Costituzione?*, in 1 *Quaderni costituzionali*, marzo 2007, 11, ove l'autore sottolinea che “*i principi incorporati dalla costituzione siano incoerenti, anzi antitetici, non è dunque un difetto imputabile alla costituzione, ma una sua caratteristica strutturale ineliminabile*” (p. 23).

⁷⁸ In tal senso, si veda, ad esempio, D. Ruggiu, *Conflitto e diritti. Difficoltà ed aporie del conflittualismo contemporaneo*, in 2 *Ragion pratica*, dicembre 2008, 411, pp. 415 ss.

Dall'altro lato, è possibile individuare in letteratura posizioni, qui non condivise, che tendono a ridurre la reale portata dei conflitti tra diritti. Ad esempio, è nota la tesi di Luigi Ferrajoli, secondo

VI.1. Il conflitto tra diritti/principi

Ogni principio, in quanto tale, è, dunque, in contrasto con altri principi: “*l’essere in conflitto con altri principi è un tratto definitorio dei principi, fa parte del concetto stesso di principio*”⁷⁹.

Risulta, pertanto, necessario individuare le caratteristiche che presenta il conflitto quando vengono in gioco due o più principi di rilievo costituzionale.

In primo luogo, deve trattarsi di un conflitto reale e non apparente⁸⁰. Qualora si fosse in presenza di un conflitto solamente apparente, non avrebbe senso proseguire oltre nell’analisi; semplicemente, il conflitto non sussisterebbe. Un conflitto è apparente nelle seguenti ipotesi: quando i principi, rilevanti nel caso concreto, sono privi di punti di interferenza reciproca; quando è assente un principio di segno contrario, che si trova a subire una limitazione; oppure quando si è in presenza di interessi non comparabili, in quanto non aventi lo stesso rilievo costituzionale.

In secondo luogo, il conflitto tra principi costituzionali si instaura tra norme che, tendenzialmente⁸¹, sono state adottate nello stesso momento e che presentano la stessa posizione nella gerarchia delle fonti.

Il conflitto tra principi, poi, è un conflitto in concreto⁸², dal momento che diviene evidente solamente quando si deve dare applicazione alle norme coinvolte in un

il quale la possibilità di conflitti tra diritti fondamentali è sensibilmente ridotta, se non, in determinati casi, esclusa. A tal proposito, si veda L. Ferrajoli, *Diritti fondamentali. Un dibattito teorico*, cit.

⁷⁹ R. Guastini, *Ponderazione. Un’analisi dei conflitti tra principi costituzionali*, cit., p. 157.

⁸⁰ A. Morrone, *Il bilanciamento nello stato costituzionale. Teoria e prassi delle tecniche di giudizio nei conflitti tra diritti e interessi costituzionali*, Torino, Giappichelli Editore, 2014, Cap. IV.

⁸¹ Tendenzialmente, perché non si può escludere che alcuni principi siano frutto di una revisione costituzionale e che, dunque, siano entrati a far parte della Costituzione in un momento successivo alla sua adozione.

⁸² Si ha, invece, un conflitto in astratto quando due norme connettono conseguenze incompatibili a fattispecie astratte, che si sovrappongono concettualmente. Si tratta, dunque, di conflitto ricavabile dalla formulazione letterale delle disposizioni, sulla base di un’interpretazione testuale.

caso specifico e queste producono conseguenze incompatibili nella fattispecie in questione; non emerge, invece, in astratto, dalla formulazione testuale delle disposizioni coinvolte, né in sede di interpretazione letterale. Il conflitto, dunque, “*può essere identificato solo in sede di applicazione delle norme ad un caso concreto*”⁸³.

Infine, il conflitto tra principi costituzionali è un conflitto parziale bilaterale⁸⁴, nel senso che i campi di applicazione tra due principi si sovrappongono solamente in parte⁸⁵. Ciò sta a significare che “*le classi di fattispecie disciplinate dalle due norme si sovrappongono parzialmente, in modo tale che alcune, ma solo alcune, delle fattispecie disciplinate da una norma coincidono con alcune, ma solo alcune, delle fattispecie disciplinate (incompatibilmente) dall'altra norma*”⁸⁶. Ovviamente, affinché sia riscontrabile un conflitto, è necessario che due principi, oltre ad avere un ambito di sovrapposizione, comportino una disciplina divergente nel caso concreto. In altre parole, una medesima condotta deve essere suscettibile di descrizione, sia come esercizio di un diritto, sia come lesione di un altro diritto.

VI.2. La risoluzione del conflitto: l'inevitabilità del bilanciamento

I conflitti tra principi costituzionali, proprio per le caratteristiche che essi presentano, non possono essere risolti utilizzando i criteri tradizionalmente impiegati per risolvere le antinomie tra regole. Infatti, non è possibile far ricorso

⁸³ R. Guastini, *Interpretare e argomentare*, cit., p. 107.

⁸⁴ I conflitti parziali bilaterali si distinguono dai conflitti totali e dai conflitti parziali unilaterali. Il tema è stato approfondito da R. Guastini, *Interpretare e argomentare*, cit., pp. 108 - 109. Con i primi, si ha una sovrapposizione totale, dal momento che le due norme connettono conseguenze incompatibili alla medesima fattispecie. Ad esempio, una norma qualifica lecita ed un'altra qualifica illecita la bigamia. Con i conflitti parziali unilaterali, invece, la classe di fattispecie disciplinata da una norma è interamente ricompresa nella classe di fattispecie disciplinata da un'altra norma. Ad esempio, una norma vieta l'aborto in generale, mentre un'altra consente l'aborto terapeutico. In questo caso, non si ha conflitto quando si è in presenza di un aborto non terapeutico; viceversa, si ha conflitto quando è in discussione un aborto terapeutico (vietato dalla prima norma e consentito dalla seconda).

⁸⁵ G. Pino, *Diritti e interpretazione. Il ragionamento giuridico nello stato costituzionale*, cit., pp. 167 - 168; G. Maniaci, *Razionalità e bilanciamento tra principi del diritto: un inventario, un'intuizione, una proposta*, in *2 Ragion pratica*, dicembre 2005, 335, p. 338.

⁸⁶ R. Guastini, *Interpretare e argomentare*, cit., p. 205.

né al criterio cronologico, né al criterio di specialità, né, infine, al criterio gerarchico.

Non si può impiegare il criterio cronologico (“*lex posterior derogat legi priori*”⁸⁷), dal momento che si tratta di norme racchiuse in un medesimo testo normativo e, dunque, coeve. Analogamente, non può essere utilizzato il criterio di specialità (“*lex specialis derogat generali*”⁸⁸), in quanto tra le norme che fondano i due diritti in conflitto non vi è un rapporto di genere a specie; esse, infatti, si incrociano, sovrapponendosi solo parzialmente (si tratta di un conflitto parziale bilaterale). Infine, non può nemmeno essere impiegato il criterio gerarchico (“*lex superior derogat legi inferiori*”⁸⁹), poiché le due norme hanno lo stesso rango nella gerarchia delle fonti.

I criteri di risoluzione dei conflitti menzionati appartengono al campo della validità giuridica delle norme. Una regola, infatti, è valida o non lo è. Se è valida, dovrà essere applicata; se non lo è, dovrà essere espunta dall’ordinamento. Soluzioni intermedie non sono presenti; infatti, “*il concetto di validità giuridica, diversamente da quello di validità sociale o da quello di importanza di una norma, non è graduabile*”⁹⁰.

I criteri di soluzione dei conflitti tra principi, viceversa, si innestano su un altro campo, diverso dalla validità: l’applicabilità. Quest’ultima si identifica con le ragioni che rendono una norma applicabile ad un caso concreto, o, comunque,

⁸⁷ Si utilizza tale criterio per risolvere il conflitto tra norme, provenienti da due fonti distinte, dello stesso genere, ma promulgate in momenti diversi. In tale ipotesi, il conflitto si risolve attribuendo preferenza alla norma più recente, mentre la norma antecedente deve considerarsi abrogata e, quindi, non più in vigore.

⁸⁸ Si utilizza tale criterio per risolvere il conflitto quando tra le fattispecie disciplinate da due norme intercorre un rapporto di genere a specie. In particolare, tale criterio è impiegato nei casi in cui la norma speciale fa eccezione (deroga) alla norma generale. In tali ipotesi, entrambe le norme sono valide e vigenti, ma la norma generale non trova applicazione, là dove è applicabile quella particolare.

⁸⁹ Tale criterio di risoluzione dei conflitti è impiegato quando le norme in questione sono tra di loro in relazione gerarchica, nel senso che una di esse è materialmente sovraordinata all’altra e quest’ultima non può contraddirvi. In presenza di un conflitto, deve essere applicata la norma superiore, mentre la norma inferiore è invalida.

⁹⁰ R. Alexy, *Teoria dei diritti fondamentali*, cit., p. 108.

rilevante in un ragionamento giuridico⁹¹. In altre parole, una norma è applicabile quando è considerato giustificato, ovvero sorretto da plausibili ragioni, utilizzare quella norma; al contrario, una norma è considerata inapplicabile quando la sua applicazione non è sostenuta da condivisibili e convincenti motivi. Il concetto di applicabilità deve, pertanto, essere distinto da quello di validità che, generalmente, si identifica con la conformità di una norma rispetto ad altre norme⁹².

Nel caso di conflitti tra principi, si tratta di stabilire quale principio nel caso concreto debba trovare maggiore applicazione e quale, viceversa, debba in parte soccombere. Ciò non comporta, però, né l'invalidità del principio retrocesso, né, tanto meno, che debba essere inserita una clausola d'eccezione nel principio non applicato. In altre parole, in presenza di determinate circostanze, un principio prevale sull'altro e, dunque, deve trovare un maggior grado di soddisfazione nella fattispecie in questione. Tutto ciò è possibile perché i principi, nel caso concreto, presentano un diverso peso; ed ha la prevalenza il principio con il peso, di volta in volta, maggiore⁹³.

In definitiva, i principi presentano la dimensione, sconosciuta alle regole, del "peso" o dell'importanza relativa e, quindi, per la risoluzione dei conflitti, non è possibile fare a meno di ricorrere a tecniche argomentative ulteriori, rispetto ai criteri tradizionali; prima fra tutte, il bilanciamento dei diritti.

Dunque, il bilanciamento si rende assolutamente necessario nello Stato Costituzionale⁹⁴ per risolvere i contrasti tra i diritti fondamentali⁹⁵, anche in

⁹¹ Per un'analisi approfondita del concetto di applicabilità, si veda G. Pino, *Diritti e interpretazione. Il ragionamento giuridico nello stato costituzionale*, cit., pp. 28 - 40.

⁹² Il concetto di validità si articola, a sua volta, in validità formale e validità materiale. Sul punto, si veda G. Pino, *Diritti e interpretazione. Il ragionamento giuridico nello stato costituzionale*, cit., pp. 25 - 28.

⁹³ R. Alexy, *Teoria dei diritti fondamentali*, cit., pp. 109 - 110.

⁹⁴ Si veda, al riguardo, A. Morrone, *Il bilanciamento nello stato costituzionale. Teoria e prassi delle tecniche di giudizio nei conflitti tra diritti e interessi costituzionali*, cit., pp. 7 - 9. L'autore, infatti, afferma che "il bilanciamento di diritto o di interessi trova la propria espressione più manifesta e la forma di sviluppo più completa di un diverso ordinamento giuridico e, cioè, nello Stato liberal-democratico o Stato costituzionale" (p. 9).

⁹⁵ A tal proposito si veda G. Pino, *Proporzionalità, diritti, democrazia*, in 3 *Diritto e società*, 2014, 597. L'autore sottolinea che "la presenza di molteplici principi nel testo costituzionale o

considerazione della presenza di molteplici diritti fondamentali e della loro tendenza a realizzarsi nella misura maggiore possibile⁹⁶. La concorrenza dei principi, infatti, “*collide con la massimizzazione: la massimizzazione di un principio lo rende inconciliabile con gli altri*”⁹⁷.

La convivenza di principi diversi, conseguenza del pluralismo è, pertanto, una convivenza basata su compromessi. Il diritto costituzionale del pluralismo, infatti, incorpora un meta-principio, inespresso ma implicito, che coinvolge tutti gli altri principi. Tale meta-principio è, giustappunto, il bilanciamento che si può riassumere nella formula “*tolleranza tra principi*”⁹⁸. Tolleranza intesa sia nel senso che nessun principio può valere fino al punto di annientare tutti gli altri; sia nel senso di dover ricercare, tra principi collidenti, una soluzione di composizione e/o di convivenza reciproca.

VI.2.1. Definizione di bilanciamento

Il bilanciamento è la tecnica generalmente utilizzata dai giudici costituzionali per risolvere un conflitto tra principi costituzionali (e, dunque, tra diritti fondamentali). È opportuno sottolineare che il bilanciamento, in quanto tecnica, si differenzia dall’interpretazione. Da un lato, infatti, l’interpretazione ha l’obiettivo di attribuire un significato ad una disposizione: essa riguarda “*il mondo dei significati e dei relativi fondamenti ermeneutici*”⁹⁹. Dall’altro lato, invece, il bilanciamento ha come scopo quello di pervenire ad una soluzione ragionevole in presenza di un conflitto tra principi costituzionali; non si riferisce, pertanto, al mondo dei significati, ma piuttosto “*appartiene al mondo delle decisioni e delle relative giustificazioni teoriche*”¹⁰⁰. Bilanciamento ed

comunque nell’orizzonte assiologico dello stato costituzionale rende inevitabile il ricorso a qualche forma di bilanciamento e di limitazione reciproca fra principi e fra diritti” (p. 600).

⁹⁶ Si rinvia alle osservazioni svolte *supra* al paragrafo V.

⁹⁷ G. Zagrebelsky, *La legge e la sua giustizia. Tre capitoli di giustizia costituzionale*, cit., p. 285.

⁹⁸ G. Zagrebelsky, *La legge e la sua giustizia. Tre capitoli di giustizia costituzionale*, cit., pp. 281 ss.

⁹⁹ R. Bin, *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, cit., p. 60.

¹⁰⁰ R. Bin, *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, cit., p. 60.

interpretazione, dunque, appartengono a due ambiti ben distinti: quello della giustificazione, il primo; quello dei possibili significati, la seconda.

Ciò premesso, il termine bilanciamento indica una particolare tecnica, che consiste nel soppesare principi ed interessi rilevanti in una determinata fattispecie e nel decidere quale di essi debba prevalere nel caso concreto¹⁰¹.

In particolare, il bilanciamento consiste nell'istituire, tra due (o più) principi in conflitto una gerarchia assiologica¹⁰². Si tratta di una relazione di valore, stabilita dal giudice costituzionale e non dal legislatore, come avviene, ad esempio, nel caso della gerarchia delle fonti. È, appunto, il giudice costituzionale che formula un giudizio di valore comparativo, vale a dire una proposizione caratterizzata dalla seguente forma logica: "Il principio A ha più valore del Principio B (del Principio C, e così via)". Nel fare ciò, il giudice attribuisce ad uno dei due (o più) principi collidenti un peso, un'importanza maggiore rispetto all'altro (agli altri). Da tale ragionamento consegue che il principio "che pesa di più", cui è attribuito maggior valore, prevale sull'altro (sugli altri), viene più ampiamente applicato e trova, pertanto, maggiore soddisfazione. Dall'altro lato, il principio recessivo non sarà dichiarato invalido, ma semplicemente applicato con minore intensità in quel determinato caso concreto, restando così in parte insoddisfatto. Esso resta, pertanto, in vigore nell'ordinamento giuridico, pronto per essere applicato, in maniera più determinante, in nuove controversie. Dunque, in sintonia con quanto precedentemente affermato, la ricerca della soluzione ad un conflitto tra principi collidenti non opera sul piano della validità, ma, piuttosto, su quello dell'applicabilità e del grado di soddisfazione.

Il concetto di bilanciamento si caratterizza, inoltre, per un'altra proprietà. Si tratta, infatti, di stabilire una gerarchia assiologica non assoluta, ma relativa ad uno o più

¹⁰¹ Tale passaggio è stato ben illustrato da R. Guastini, *Interpretare ed argomentare*, cit., secondo il quale "si tratta, appunto, di mettere i principi in conflitto sui piatti di una bilancia, di pesarli dunque, e vedere quale pesi di più, cioè abbia più valore" (p. 205).

¹⁰² Cfr. G. Pino, *Diritti e interpretazione. Il ragionamento giuridico nello stato costituzionale*, cit., pp. 178 ss.; R. Guastini, *Interpretare e argomentare*, cit., pp. 206 ss.; R. Guastini, *Ponderazione. Un'analisi dei conflitti tra principi costituzionali*, cit., pp. 158 ss.; G. Maniaci, *Razionalità e bilanciamento tra principi del diritto: un inventario, un'intuizione, una proposta*, cit., pp. 338 ss.

casi determinati. In altre parole, il bilanciamento istituisce una relazione di valore che opera esclusivamente per il caso concreto, e che è suscettibile di mutare e di essere ribaltata al ricorrere di diverse circostanze di fatto. I giudici costituzionali, infatti, non affermano mai, in via definitiva, la prevalenza di un principio su un altro; non affermano che il principio A debba sempre e comunque averla vinta sul principio B. Questo perché i giudici costituzionali, nell'istituire una gerarchia di tipo assiologico, non considerano l'importanza dei principi in astratto, una volta per tutte; al contrario, il peso di ciascun principio è valutato in relazione alle caratteristiche che la fattispecie concreta presenta e tenendo in debito conto le conseguenze che l'applicazione dell'uno o dell'altro principio produce nel caso specifico. Il conflitto, pertanto, non è risolto in maniera definitiva, ora e per sempre: ogni soluzione è valida esclusivamente con riferimento ad una controversia particolare¹⁰³, con la conseguenza che, in futuro, sarà ben possibile, al ricorrere di nuove e diverse circostanze concrete, modificare la gerarchia assiologica istituita.

In sostanza, l'identificazione del bilanciamento con una gerarchia assiologica mobile consente di svolgere ulteriori considerazioni. In primo luogo, l'esito del bilanciamento non pare risolversi nel sacrificio totale di un diritto a vantaggio di un altro, che trova, quindi, piena e completa soddisfazione in un determinato caso concreto. Infatti, anche se il bilanciamento opera sul piano della applicabilità, sembra difficile sostenere che tali operazioni si risolvano *sic et simpliciter* nella completa applicazione di un diritto a scapito di un altro; sembra più ragionevole affermare che l'alternativa non è fra la completa applicazione e la totale disapplicazione; ma fra un diverso grado di applicazione a seconda del peso specifico di ciascun principio. Così, pare “*preferibile la soluzione che non coincide interamente con le aspettative dell'una o dell'altra parte*”¹⁰⁴; e, dunque, la soluzione che privilegia la ricerca di punti di equilibrio e di compromesso fra i diritti in gioco in una particolare fattispecie¹⁰⁵. Quest'ultima conclusione appare

¹⁰³ A. Morrone, *Il bilanciamento nello stato costituzionale. Teoria e prassi delle tecniche di giudizio nei conflitti tra diritti e interessi costituzionali*, cit., p. 108.

¹⁰⁴ G. Zagrebelsky, *La legge e la sua giustizia. Tre capitoli di giustizia costituzionale*, cit., p. 274.

¹⁰⁵ Sul piano pratico, pertanto, bilanciamento sembra sinonimo di “conciliazione” o di “contemperamento”, dal momento si tratta di identificare una soluzione mediana, che tenga conto

auspicabile anche in virtù dello stretto legame che si instaura tra le operazioni di bilanciamento ed il principio di proporzionalità¹⁰⁶, che, tendenzialmente, non tollera l'integrale soddisfazione di un diritto a scapito di un altro.

Inoltre, in dottrina, ancor prima che in giurisprudenza¹⁰⁷, si è consolidata una distinzione tra due tipologie di bilanciamento - il bilanciamento definitorio ed il bilanciamento caso per caso - di cui, per completezza, si darà conto nei paragrafi successivi. Si premette, però, che la prima tipologia richiamata sembra condividere solamente il nome con la nozione di bilanciamento accolta dal presente lavoro.

VI.2.2. Bilanciamento definitorio

L'espressione bilanciamento definitorio (in inglese *definitional balancing*) venne formulata, per la prima volta, dalla dottrina americana, intorno agli anni '60 del secolo scorso¹⁰⁸. Con tale tecnica, il conflitto tra diritti (principi) viene risolto attraverso l'individuazione di una regola giuridica, generale ed astratta, tendenzialmente applicabile anche alle future fattispecie di conflitto¹⁰⁹. In tal modo, il bilanciamento definitorio identifica per ogni materia un ordine assiologico, non più relativo e circoscritto al caso concreto, ma suscettibile di generalizzazione.

dei due principi in conflitto, senza comportare il sacrificio totale di entrambi. In tal senso, si veda: G. Pino, *Conflitto e bilanciamento tra diritti fondamentali. Una mappa dei problemi*, in 1 *Ragion pratica*, giugno 2007, 219, pp. 252 - 255; G. Maniaci, *Razionalità e bilanciamento tra principi del diritto: un inventario, un'intuizione, una proposta*, cit., pp. 335-336; G. Zagrebelsky, *La legge e la sua giustizia. Tre capitoli di giustizia costituzionale*, cit., pp. 281-285. In dottrina, vi è anche chi tiene distinti i concetti di bilanciamento e di conciliazione. Per un approfondimento su tale diversa posizione - che, peraltro, non appare condivisibile - si veda R. Guastini, *Ponderazione. Un'analisi dei conflitti tra principi costituzionali*, cit., pp. 157-158.

¹⁰⁶ Tale profilo sarà analizzato *infra* al paragrafo VI.2.4..

¹⁰⁷ In un primo momento, sono state la dottrina e la giurisprudenza statunitense a delineare la distinzione tra bilanciamento definitorio (*definitional balancing*) e bilanciamento caso per caso o casistico (*ad hoc balancing*).

¹⁰⁸ Si veda, a tal proposito: T.I. Emerson, *Toward a General Theory of the First Amendment*, in 72 *Yale Law Journal*, 1963, 877, pp. 914-916; M. Nimmer, *The Right to Speak from Time to Time: First Amendment Theory Applied to Libel and Misapplied to Privacy*, in 56 *California Law Review*, 1968, 935, pp. 943-948.

¹⁰⁹ R. Bin, *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, cit., p. 65.

In particolare, attraverso l'utilizzo del bilanciamento definitorio si tende a stabilire, una volta per tutte, sia le attività e le manifestazioni che rientrano nella sfera protettiva di un diritto, sia i limiti cui l'esercizio di quel determinato diritto può essere sottoposto. In altre parole, si tratta di definire in astratto “*il confine che separa le attività protette da quelle non protette*”¹¹⁰. Una volta, dunque, stabilito a priori cosa rientra e cosa non rientra nell'ambito di operatività di un determinato diritto, l'eventuale conflitto sarà risolto analizzando se una determinata manifestazione rientra nella sfera protettiva di un diritto (e debba, dunque, prevalere) oppure, in quella del diritto confliggente (e debba essere, viceversa, quest'ultimo a risultare vittorioso). In tal modo, per ciascuna tipologia di conflitto tra due diritti fondamentali, si viene a creare una regola che, stabilite certe condizioni di applicazione, individua la prevalenza di uno dei diritti sull'altro o, comunque, individua il punto di equilibrio tra i diritti confliggenti¹¹¹. La regola, così individuata, sarà poi suscettibile di applicazione ai casi di conflitto futuri, al ricorrere delle condizioni precedentemente individuate. Essa è, pertanto, passibile sia di universalizzazione, in quanto applicabile ad analoghe controversie future, sia di sussunzione, in quanto applicabile mediante un ragionamento di tipo deduttivo.

A ben vedere, peraltro, il bilanciamento definitorio è concettualmente qualcosa di diverso dalla tecnica del bilanciamento vero e proprio, per lo meno nell'accezione fatta propria dal presente lavoro. Invero, il bilanciamento definitorio appartiene al campo dell'interpretazione¹¹², poiché è finalizzato ad individuare, *ex ante*, le modalità attraverso le quali può manifestarsi l'esercizio di un diritto ed i limiti cui esso può essere sottoposto. Inoltre, il bilanciamento definitorio presuppone un ragionamento di tipo deduttivo, che mal si concilia con la natura dei diritti fondamentali quali principi.

Il bilanciamento definitorio, inoltre, presenta alcuni profili problematici. In primo luogo, esso introduce, all'interno del ragionamento giuridico, un elemento di

¹¹⁰ G. Scaccia, *Gli strumenti della ragionevolezza nel giudizio costituzionale*, cit., p. 339.

¹¹¹ G. Pino, *Conflitto e bilanciamento tra diritti fondamentali. Una mappa dei problemi*, in *1 Ragion pratica*, giugno 2007, 219, pp. 259 ss.

¹¹² G. Scaccia, *Gli strumenti della ragionevolezza nel giudizio costituzionale*, cit., p. 339.

rigidità; una volta stabilite le manifestazioni ed i limiti di un diritto fondamentale in via astratta, diventa ben difficile estendere o ridurre l'ambito di applicazione di quel determinato diritto. Un approccio siffatto nega, dunque, in partenza la possibilità di estendere l'area della tutela a quelle manifestazioni che, in quanto non appartenenti al nucleo più ristretto e resistente del diritto, non possono godere del massimo grado di protezione¹¹³. Ed infatti, tale tecnica entra in crisi sia quando si presentano casi limite (di cui è incerta la collocazione), sia quando si presentano casi nuovi, non presi in considerazione in sede definitiva. Quest'ultima ipotesi sembra essere particolarmente frequente, dal momento che la capacità umana di prevedere, in astratto, le modalità di esercizio ed i limiti di un diritto e di individuare i possibili conflitti è limitata e non potrà mai condurre a risultati pienamente esaustivi e soddisfacenti.

Il bilanciamento di tipo definitorio, infine, non permette di tenere in considerazione le circostanze di fatto ed il caso concreto, che ben potrebbero indirizzare la decisione del conflitto verso una soluzione diversa da quella desumibile dall'applicazione di tale tecnica¹¹⁴ e, forse, più corretta o, quantomeno, maggiormente giustificabile.

Come si evince dalle brevi considerazioni svolte, il bilanciamento di tipo definitorio allude ad un qualcosa di diverso rispetto all'attività di bilanciamento

¹¹³ Si veda, a tal proposito, A. Barak, *Proportionality. Constitutional Rights and their Limitations*, cit., secondo il quale “*this approach, which reduces the possibility of a conflict between two (or more) constitutional rights, leads to an interpretative result that leaves some aspects of the right’s penumbra outside its recognized scope*” (p. 514).

¹¹⁴ Tale passaggio è stato ben sottolineato da T.A. Aleinikoff, *Constitutional Law in the Age of Balancing*, in 96 *Yale Law Journal*, 1987, 943. L'autore utilizza le seguenti parole: “*Assume that in Case 1 “definitional” balancing has generated a rule. For example, the Court might conclude that the harms associated with child pornography far outweigh its benefits, and thus that child pornography is not protected by the First Amendment. Now in Case 2, a producer of child pornography argues that he produces his works with less harm to the child subjects and with greater First Amendment benefits. What follows? Under definitional balancing, such arguments are ruled out of bounds; these factors supposedly were considered in deriving the first rule. But this response is untrue to the purpose and asserted strength of a balancing methodology. If the pornographer in Case 2 is correct about the harms and benefits of his work, why should he be burdened by the earlier rule? The definitional balancer no doubt will respond that the benefits of certainty outweigh the costs of wrongly punishing the pornographer in Case 2. But it is difficult to imagine how one would locate or evaluate data to substantiate this meta-balance*” (p. 979).

vera e propria, che consiste nell'identificazione di una gerarchia assiologica mobile con effetti limitati alla fattispecie concreta.

VI.2.3. Bilanciamento caso per caso

L'espressione bilanciamento caso per caso indica una tecnica di risoluzione dei conflitti tra diritti fondamentali, che sostanzialmente ricalca la nozione di bilanciamento, ricostruita ed accolta dal presente lavoro.

L'espressione *ad hoc balancing* venne impiegata, per la prima volta, dal giudice Frankfurter, autore dell'opinione concorrente nel caso *Dennis v. United States*¹¹⁵, il quale scrisse che per bilanciamento caso per caso si intende il procedere per “... *candid and informed weighing of the competing interests, within the confines of the judicial process, than by announcing dogmas too inflexible for the non-Euclidean problems to be solved*”¹¹⁶.

Il bilanciamento caso per caso non prevede l'enunciazione di una regola generale ed astratta e non si pone come obiettivo né quello di ricostruire, a priori, l'ambito di applicazione di ciascun diritto, né quello di individuare una gerarchia assiologica generica, valida per i casi futuri. Al contrario, tale approccio privilegia la considerazione attenta degli interessi in gioco nel caso specifico e delle particolari circostanze prospettate dalle parti davanti al giudice. Il conflitto è, pertanto, “*risolto volta per volta*”¹¹⁷; ne consegue che il bilanciamento conduce ad una soluzione che non fuoriesce dalla situazione concreta che l'ha originata ed è valido solo per quel determinato caso concreto¹¹⁸. In tal senso, quindi, la gerarchia assiologica, ottenuta al termine del bilanciamento, può dirsi relativa.

¹¹⁵ *Dennis v. United States*, 341 U.S. 494, (1951).

¹¹⁶ *Dennis v. United States*, cit., p. 525.

¹¹⁷ G. Pino, *Conflitto e bilanciamento tra diritti fondamentali. Una mappa dei problemi*, cit., p. 256.

¹¹⁸ Tale passaggio è stato ben sottolineato da G. Maniaci, *Razionalità e bilanciamento tra principi del diritto: un inventario, un'intuizione, una proposta*, cit., ove l'autore afferma che “*il bilanciamento tiene conto o deve tenere conto (solo) delle circostanze presenti nel caso concreto; che il giudice nell'effettuare il bilanciamento considera o deve considerare in modo attento e trasparente tutti gli interessi in gioco nel caso concreto; che le proprietà individuate dal giudice concernono (solo) il caso concreto da decidere; che il bilanciamento vale, o è valido, solo per*

Vi è un ulteriore aspetto per il quale il bilanciamento caso per caso si differenzia dal bilanciamento definitorio. È stato osservato al paragrafo precedente che il bilanciamento definitorio presuppone un ragionamento di tipo deduttivo, in quanto si tratta di dare applicazione ad una regola generale ed astratta. Niente di tutto ciò è presente nella versione casistica del bilanciamento; la decisione del conflitto, infatti, presenta un carattere fortemente valutativo, in quanto è presa attraverso un apprezzamento equilibrato ed approfondito dei diritti in gioco, del loro peso e dei connotati rilevanti della fattispecie concreta. Il giudice, in altre parole, non applica una regola generale precostituita ed individua un criterio di risoluzione della controversia circoscritto al caso specifico.

Il bilanciamento caso per caso, inoltre, non incontra le obiezioni che vengono mosse al bilanciamento definitorio, a causa della eccessiva rigidità; invero, quando il bilanciamento è confinato al caso concreto, è ben possibile (anzi, auspicabile) che la relazione assiologica istituita possa essere modificata o ribaltata al mutare delle condizioni che, in precedenza, avevano fatto propendere per una determinata soluzione¹¹⁹.

Tuttavia, anche tale tecnica di bilanciamento non è andata esente da critiche: la principale obiezione che è stata mossa è che essa si presenta del tutto destrutturata e disarticolata¹²⁰. Infatti, sembra conferire un'eccessiva discrezionalità ai giudici costituzionali, al punto che la decisione del conflitto pare sfuggire a qualsiasi criterio prestabilito che la possa guidare. In altre parole, dal punto di vista della critica, l'individuazione della gerarchia assiologica è rimessa interamente agli apprezzamenti e alle valutazioni del giudice, senza alcuna garanzia per gli interessi e per le parti coinvolte nel caso specifico¹²¹.

quel caso concreto; che la legge di collisione individuata dal giudice è relativa al caso concreto in oggetto; che la gerarchia assiologica individuata è concreta” (p. 343).

¹¹⁹ Sul punto, si rinvia *supra* al paragrafo VI.2.1.

¹²⁰ T.I. Emerson, *Toward a General Theory of the First Amendment*, cit. L'autore sottolinea che *“The principal difficulty with the ad hoc balancing test is that it frames the issues in such a broad and undefined way, is in effect so unstructured, that it can hardly be described as a rule of law at all”* (p. 912).

¹²¹ Per un approfondimento sulle critiche rivolte alle operazioni di bilanciamento ed all'impiego della tecnica interpretativa della proporzionalità, si rinvia al capitolo conclusivo del presente lavoro.

Tali obiezioni possono essere in parte superate tenendo in considerazione lo stretto legame che si instaura tra la tecnica del bilanciamento, da un lato, ed il principio di proporzionalità (ed il test di proporzionalità), dall'altro lato.

VI.2.4. Bilanciamento e proporzionalità

La tecnica del bilanciamento è strettamente connessa alla proporzionalità, intesa sia come principio, sia come standard argomentativo.

Per quanto concerne il legame che si instaura tra il principio di proporzionalità, da un lato, e le operazioni di bilanciamento e la natura dei diritti fondamentali, dall'altro lato, è opportuno fare riferimento al pensiero di Robert Alexy, laddove afferma che “*il carattere dei principi implica il principio di proporzionalità e questo implica quello*”¹²². Infatti, bilanciamento e principio di proporzionalità forniscono due risposte alla stessa tipologia di problemi: è possibile limitare un diritto fondamentale e, in caso di risposta affermativa, fino a che punto è giustificabile la limitazione inflitta ad un diritto fondamentale.

Bilanciamento e proporzionalità, poi, sono strettamente legati anche per un ulteriore aspetto¹²³. È stato osservato al paragrafo precedente che le operazioni di bilanciamento richiedono un fondamento di oggettività, proprio per sottrarsi alle obiezioni in merito alla presunta arbitrarietà di tali valutazioni. Ebbene, il test di proporzionalità rappresenta la principale tecnica¹²⁴ impiegata per svolgere le attività di bilanciamento dei diritti, consentendo, al tempo stesso, di superare le suddette criticità¹²⁵. Il test di proporzionalità, infatti, costituisce un'efficace tecnica argomentativa, il cui impiego da parte dei giudici costituzionali comporta numerosi benefici, specialmente con riferimento alla motivazione delle

¹²² R. Alexy, *Teoria dei diritti fondamentali*, cit., p. 133.

¹²³ Si veda, ad esempio, M. Cartabia, *Diritti, giudizi e conflitti*, in 1 *Ars interpretandi*, gennaio-giugno 2015, 33, p. 46.

¹²⁴ O, comunque, quella privilegiata dal presente lavoro.

¹²⁵ G. Pino, *Diritti e interpretazione. Il ragionamento giuridico nello Stato costituzionale*, cit., pp. 204-205.

decisioni¹²⁶. Attraverso l'utilizzo di tale standard argomentativo, si avranno motivazioni ordinate, formalmente corrette, attente a tutte le posizioni e gli interessi coinvolti in una determinata controversia. Al tempo stesso, l'impiego del test di proporzionalità consente di ottenere argomentazioni trasparenti, dal momento che viene messo in risalto l'iter logico interpretativo seguito dai giudici costituzionali nel pervenire ad una determinata soluzione.

In sostanza, il test di proporzionalità costituisce un modello argomentativo, mediante il quale viene condotta l'attività di bilanciamento dei diritti fondamentali, attraverso la predisposizione di una sequenza di standard di giudizio disposti in progressione¹²⁷. In tal modo, esso consente di incanalare ed orientare l'attività dei giudici costituzionali, senza, peraltro, incorrere nelle critiche menzionate al paragrafo precedente o, comunque, contribuendo a smorzarne la portata.

VII. Il test di proporzionalità

Il test di proporzionalità si caratterizza per un approccio strutturato, in quanto comporta l'elaborazione e la sistematizzazione di una sequenza di standard di giudizio disposti in progressione. Si tratta, in altre parole, di una procedura argomentativa, che scompone e disciplina le varie valutazioni che possono essere effettuate nell'esame dell'ammissibilità di una interferenza nei confronti di un diritto fondamentale.

La nozione articolata di proporzionalità è debitrice del pensiero di Robert Alexy, che, per primo, ne propose una suddivisione in tre differenti livelli di controllo: la verifica di idoneità, di necessità e la proporzionalità in senso stretto¹²⁸. Ancora oggi, il test di proporzionalità, sebbene abbia subito alcune modifiche rispetto alla formulazione fornita da Robert Alexy, ne conserva l'ossatura portante. I principali cambiamenti si rinvengono sia per quanto concerne ciascun passaggio,

¹²⁶ Il tema dei benefici connessi all'utilizzo del test di proporzionalità sarà affrontato nel capitolo conclusivo del presente lavoro, cui si rinvia.

¹²⁷ Si veda il paragrafo successivo.

¹²⁸ R. Alexy, *Teoria dei diritti fondamentali*, cit., pp. 133-137.

singolarmente preso, sia per quanto riguarda il modello complessivamente considerato, che, talvolta, si è arricchito di nuove componenti.

Generalmente, il test di proporzionalità si compone di tre o quattro fasi¹²⁹, a seconda delle soluzioni fatte proprie dai sistemi di giustizia costituzionale che ad esso fanno ricorso. In particolare, la disposizione legislativa impugnata, per superare indenne il sindacato di costituzionalità, deve essere sottoposta a tutte le verifiche previste da ciascun passaggio del test di proporzionalità, e tale controllo deve fornire esito positivo con riferimento ad ognuno di essi.

Fra le varie ricostruzioni del test di proporzionalità riscontrabili in dottrina, il presente lavoro si ispira alla formulazione elaborata da Aharon Barak¹³⁰, che articola in quattro fasi la verifica delle scelte compiute dal legislatore. In particolare, la quadripartizione del giudizio di proporzionalità, di seguito proposta, si compone dei seguenti passaggi: legittimità, idoneità, necessità, proporzionalità in senso stretto.

VII.1. Legittimità

Il primo requisito riflette la preoccupazione che non tutte le finalità che il legislatore intende perseguire possono giustificare una limitazione di un diritto o di un interesse contrastante con tali obbiettivi. Infatti, la verifica di legittimità è volta a valutare che il legislatore abbia agito per uno scopo legittimo, non in contrasto con i principi ed i valori costituzionali.

In una democrazia costituzionale, di conseguenza, non qualsiasi obbiettivo perseguito dal legislatore può considerarsi legittimo; al contrario, possono ritenersi tali solamente quelli che derivano dai valori e dai principi di cui si fa

¹²⁹ In dottrina, peraltro, si rintracciano anche ricostruzioni del test di proporzionalità, articolato in cinque fasi. Si veda, a tal proposito, con riferimento all'ordinamento statunitense: V. Perju, *Proportionality and Stare Decisis: Proposal for a New Structure*, in V. C. Jackson, M. Tushnet, *Proportionality: New Frontiers, New Challenges*, Cambridge, Cambridge University Press, 2017, pp. 197 - 218. Per quanto concerne, la struttura trifasica del test di proporzionalità, si veda G. Pino, *Diritti e interpretazione. Il ragionamento giuridico nello Stato costituzionale*, cit., pp. 205-208.

¹³⁰ A. Barak, *Proportionality. Constitutional Rights and Their Limitations*, cit., pp. 243-370.

portatrice una società democratica. A titolo meramente esemplificativo, sono pacificamente ritenute legittime le seguenti finalità: l'interesse a preservare l'ordinamento democratico dello Stato, la sicurezza nazionale e l'ordine pubblico, la tutela dei diritti delle minoranze, il rispetto e la tolleranza verso le diverse opinioni altrui e, più in generale, la realizzazione di un interesse di rilevanza costituzionale, sia esso esplicito od implicito¹³¹.

VII.2. Idoneità

La verifica di idoneità, spesso denominata anche *rational connection*¹³², consiste in una prima valutazione del rapporto mezzi-fini. In particolare, si vuole assicurare che sussista una connessione razionale tra i mezzi predisposti dal legislatore e la finalità che intende perseguire e, dunque, si verifica che la misura limitativa di un diritto fondamentale sia astrattamente idonea a realizzare gli obiettivi prefissati dal legislatore. In altre parole, per soddisfare tale livello di controllo, è sufficiente la possibilità astratta di raggiungimento del fine, mentre valutazioni relative al caso concreto sono riservate alle successive fasi del test di proporzionalità.

Normalmente, si afferma che il controllo di idoneità è solamente un controllo in negativo, vale a dire una verifica sul fatto che la misura non sia palesemente inidonea a raggiungere il fine enunciato. Pertanto, mediante la verifica di idoneità, saranno invalidate solamente quelle disposizioni che appaiono, ad una prima lettura, totalmente inadeguate ed inutili a perseguire l'obiettivo individuato dal legislatore. Al contrario, una realizzazione, benché solamente parziale, del fine prescelto sarebbe sufficiente a salvare la legge dalla verifica di costituzionalità, condotta a questo secondo livello.

In sostanza, la verifica di idoneità opera solamente sul piano della causalità sufficiente, senza comportare valutazioni sul grado di effettiva realizzazione dei fini perseguiti. Di conseguenza, essa rappresenta, almeno in teoria, un livello di

¹³¹ Per un approfondimento sul tema, si veda A. Barak, *Constitutional Rights and Their Limitations*, cit. pp. 251-277.

¹³² A Barak, *Proportionality. Constitutional Rights and Their Limitations*, cit., pp. 303-316.

controllo non particolarmente incisivo sulla discrezionalità del legislatore. Si tratta, infatti, di un passaggio che solo raramente esaurisce il sindacato di costituzionalità atteggiandosi, piuttosto, a presupposto logico di sequenze di controllo successive e più penetranti.

VII.3. Necessità

La terza fase del test di proporzionalità prende il nome di “necessità” e si risolve in un confronto tra tutti i mezzi in astratto utili al perseguimento del fine. A differenza del controllo di idoneità, dunque, la verifica in merito alla necessità, presuppone una valutazione comparativa tra le varie misure astrattamente idonee al raggiungimento dell’obiettivo. In particolare, in questa fase si controlla che il legislatore abbia fatto ricorso al cd. *least restrictive means*, ovverosia a quella strumentazione che consente di raggiungere lo scopo prefissato con il minor sacrificio possibile di altri diritti fondamentali. Il requisito della necessità esprime, pertanto, l’esigenza di preservare, nella misura maggiore possibile, la sfera dei diritti individuali, pur riconoscendo, al tempo stesso, l’inevitabilità di una loro limitazione.

In dottrina, sono riscontrabili numerose ricostruzioni, volte ad individuare i criteri che consentano di identificare il *least restrictive means*. Ad esempio, Robert Alexy ha proposto di utilizzare come parametro il principio di efficienza, così come teorizzato da Pareto, secondo il quale può essere considerata efficiente un’allocazione di beni e di risorse quando non è possibile sostituirla in modo da creare benefici per qualcuno senza svantaggiare qualcun altro¹³³. In base a questa regola, dovrebbe ritenersi più lieve, quel mezzo che garantisce la massima soddisfazione dell’interesse perseguito dal legislatore con il minimo sacrificio inflitto ai diritti ed interessi con esso contrastanti. La formulazione proposta da Alexy non è, tuttavia, esente da critiche, soprattutto con riferimento alla possibilità di utilizzare il parametro dell’ottimo paretiano, per valutare se il legislatore abbia fatto ricorso al *least restrictive means*. Infatti, se, da un lato, è necessario ancorare la verifica di necessità ad un parametro oggettivo e

¹³³ R. Alexy, *Teoria dei diritti fondamentali*, cit., pp. 188-189.

prestabilito; tuttavia, dall'altro lato, un criterio prettamente matematico non sembra il migliore standard per affrontare complesse questioni di compatibilità tra i diritti fondamentali.

Ciò premesso, si ritiene che la formulazione più convincente della verifica di necessità sia quella che scompone tale livello di controllo lungo due direttive. In primo luogo, i giudici dovranno esaminare se esistono ulteriori strumenti che sacrificano in misura inferiore, rispetto al mezzo prescelto dal legislatore, i diritti e gli interessi costituzionalmente coinvolti in un determinato caso concreto. È evidente che, qualora non siano rinvenibili una o più alternative, la verifica in merito alla necessità della scelta legislativa si conclude e non è richiesta la disamina della seconda componente. Viceversa, in caso di esito positivo, i giudici dovranno analizzare se gli strumenti, individuati nella fase precedente, sono in grado di soddisfare lo scopo prefissato dal legislatore, con un identico grado di intensità ed efficienza.

In sostanza, l'analisi condotta sul *least restrictive means* impone di tenere in considerazione due variabili: da un lato, il grado di soddisfazione delle finalità legislative; dall'altro, il livello di sofferenza inflitta ai diritti fondamentali rilevanti nel caso concreto.

Due metafore vengono generalmente impiegate per spiegare la logica sottesa alla verifica di necessità. Nel 1911, Fritz Fleiner scrisse che “*la polizia non può sparare ad un passero con un cannone* (“*polizien soll nicht mit Kanonen auf Spatzen schießen*”)¹³⁴; successivamente, nel 1983, Lord Diplock utilizzò, nel caso *R. v. Goldstein*¹³⁵, un'espressione dalla portata analoga, affermando che “*nessuno deve utilizzare un martello pneumatico per aprire una noce* (“*one must not use a steam hammer to crack a nut*”)¹³⁶. Queste due metafore confermano l'esigenza che i mezzi predisposti dal legislatore non risultino eccessivi e che, di conseguenza, siano necessari al raggiungimento dello scopo.

¹³⁴ F. Fleiner, *Institutionen des Deutschen Verwaltungsrechts*, Tübingen, Mohr Siebeck, 1928, p. 404.

¹³⁵ *R. v. Goldstein*, 1 WLR 151, (1983).

¹³⁶ *R. v. Goldstein*, cit., p. 155.

VII.4. Proporzionalità in senso stretto

La quarta fase del test di proporzionalità prende il nome di “proporzionalità in senso stretto”. A differenza dei passaggi precedenti (idoneità e necessità), la proporzionalità in senso stretto non comporta una valutazione in merito al rapporto mezzi-fini; essa postula, al contrario, una ponderazione degli interessi coinvolti dall’intervento legislativo e si risolve in un giudizio di bilanciamento.

Con la proporzionalità in senso stretto, si verificano gli effetti dell’atto legislativo, confrontando e soppesando, da un lato, i benefici che derivano dal perseguimento dell’obiettivo individuato dal legislatore; e, dall’altro, i costi (sacrifici) che, così facendo, vengono imposti agli altri diritti ed interessi costituzionali coinvolti. In particolare, è richiesta una *proper relation*¹³⁷ tra i benefici ottenuti attraverso la previsione legislativa ed i sacrifici che essa impone; in altre parole, con questo tipo di valutazione, non potrà essere considerata proporzionata, nel senso stretto del termine, una limitazione imposta ad un diritto fondamentale, qualora i sacrifici che essa comporta siano maggiori o, comunque, eccessivi rispetto ai vantaggi ed al grado di soddisfazione dell’obiettivo perseguito. Nello svolgimento di tale verifica è inevitabile o, quanto meno, opportuno ricorrere ad operazioni di bilanciamento¹³⁸.

La proporzionalità in senso stretto richiede al giudice uno sforzo particolarmente gravoso, in quanto gli impone di aprire lo sguardo delle sue valutazioni per proiettarsi nella realtà concreta e, in tal modo, valutare l’impatto effettivo della legislazione sottoposta al suo controllo. Con la proporzionalità in senso stretto, pertanto, il caso concreto assume particolare rilevanza; il giudice, infatti, è chiamato a considerare in modo accurato sia le circostanze fattuali, sia tutti i diritti e gli interessi coinvolti nel caso concreto. In sostanza, è richiesto al giudice, nel

¹³⁷ A Barak, *Proportionality. Constitutional Rights and Their Limitations*, cit., pp. 343-345.

¹³⁸ M. Cartabia, *I principi di ragionevolezza e proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale italiana*, cit., ove l’autore sottolinea il particolare legame che si instaura tra la proporzionalità in senso stretto e la tecnica del bilanciamento. Queste le parole impiegate: “è in questa dimensione esperienziale che il giudice - rispondendo all’immagine che lo rappresenta nell’iconografia di ogni tempo, con la bilancia in mano - può cercare la soluzione che più di ogni altra persegue in modo equilibrato la massima espansione di tutti i diritti e i valori in gioco” (p. 5).

momento in cui è chiamato a soppesare i diversi diritti ed interessi in gioco, un approfondito grado di conoscenza dell'esperienza reale, che risulterà decisivo nel far propendere verso una soluzione, piuttosto che verso un'altra¹³⁹.

VII.5. Onere della prova

L'impiego del test di proporzionalità da parte di una Corte Costituzionale comporta conseguenze rilevanti anche per quanto concerne l'onere della prova, inteso come ripartizione delle attività processuali¹⁴⁰.

In generale, spetterà a chi ritiene di aver subito la violazione di un proprio diritto fondamentale, agire in giudizio e dimostrare che effettivamente si è verificata un'intrusione nella sfera protetta da un diritto fondamentale. Una volta, però, che è stata fornita la prova in merito alla limitazione di un diritto fondamentale, sarà onere della parte che ha introdotto la misura restrittiva, dimostrare che siffatta violazione, sebbene esistente, è tuttavia giustificabile, in quanto sono rispettate tutte le condizioni ed i requisiti previsti dallo standard argomentativo della proporzionalità¹⁴¹.

¹³⁹ Per un approfondimento in merito alla rilevanza del caso concreto nelle operazioni di bilanciamento, si veda T.A. Aleinikoff, *Constitutional Law in the Age of Balancing*, cit., p. 961. Si veda, altresì, R. Bin, *Diritti e argomenti*, cit., pp.35-39.

¹⁴⁰ Per un approfondimento, si veda A. Barak, *Proportionality. Constitutional Rights and Their Limitations*, cit., pp. 435-454.

¹⁴¹ Si pensi, ad esempio, al modello canadese ed, in particolare, alla pronuncia nel caso *R. v. Oakes*, 1 SCR 103, (1986), che introduce un sistema, analogo a quello descritto, di ripartizione delle attività processuali tra le parti in causa.

Capitolo II

La Corte Suprema del Canada

I. Introduzione. - II. La tutela dei diritti e delle libertà fondamentali prima del 1982. - III. Considerazioni sul ruolo della *Canadian Charter of Rights and Freedoms* nel processo di *judicial review*. - IV. (A proposito di) Interpretazione costituzionale. - IV.1. Interpretazione estensiva. - IV.2. Interpretazione evolutiva. - IV.3. La comparazione come strumento di interpretazione. - V. Sezione I della *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. - V.1. *Prescribed by law*. - VI. La proporzionalità in Canada: il test di *Oakes*. - VI.1. *Sufficiently important objective*. - VI.2. *Rational connection*. - VI.3. *Minimal impairment*. - VI.3.1. Criteri per l'esercizio del *self-restraint*. - VI.4. *Proportionality in the strict sense*. - VI.5. Onere della prova. - VII. Riflessioni sul modello in generale. - VII.1. Il temperamento della rigidità interpretativa degli elementi del test di *Oakes*. - VII.2. Il confronto con altri modelli. - VIII. Un nuovo trend giurisprudenziale: la riscoperta della quarta fase del test di proporzionalità. - VIII.1. *Alberta v. Hutterian Brethren of Wilson Colony*. - VIII.2. *R. v. K.R.J.* - VIII.3. Ragioni che possono giustificare il cambio di rotta. - IX. Quale futuro per la proporzionalità? - IX.1. *Purposive interpretation*. - IX.2. *Contextual approach*. - IX.3. Correttivi alla versione attuale del test di proporzionalità.

I. Introduzione

L'analisi della nozione di proporzionalità, come tecnica interpretativa, impone di prendere in considerazione, fra i molteplici sistemi che l'hanno espressamente adottata, l'esperienza costituzionale canadese. Nell'ottica del presente lavoro, infatti, essa risulta estremamente interessante e pertinente, dal momento che la Corte Suprema, interpretando la Sezione 1 della *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, ha espressamente formulato un test di proporzionalità, cui sottoporre le previsioni legislative, che interferiscono con i diritti fondamentali previsti e tutelati dalla Carta medesima. Il riferimento è, innanzitutto, allo standard argomentativo delineato dal Chief Justice Dickson nel caso *R. v. Oakes*¹, deciso nel 1986. L'utilizzo ultra trentennale del test di proporzionalità giustifica, dunque, la scelta di analizzare in prima battuta la giurisprudenza costituzionale canadese.

¹ *R. v. Oakes*, 1 S.C.R. 103, (1986).

Il presente capitolo, pertanto, intende esaminare la tecnica argomentativa della proporzionalità, con i connotati e nella misura in cui essa è stata impiegata dalla Corte Suprema del Canada. In via preliminare, tuttavia, si rendono necessarie alcune brevi riflessioni con riferimento alla *Canadian Charter of Rights and Freedoms* ed, in particolare, ai canoni ermeneutici utilizzati nell'interpretare la Carta medesima e la Sezione 1. In secondo luogo, sarà esaminato il test di proporzionalità, nella formulazione adottata dal Chief Justice Dickson nella pronuncia *R. v. Oakes*. In particolare, saranno prese in considerazione le varie componenti del test per mettere in risalto le eventuali differenze rispetto alle fasi del modello generale ed astratto, individuato nel capitolo iniziale del presente lavoro. Successivamente, attraverso l'esame della giurisprudenza, saranno messi in risalto gli aggiustamenti e, più in generale, gli sviluppi che la versione canadese del test di proporzionalità ha conosciuto sin dalla sua prima apparizione. L'analisi coinvolgerà sia le varie componenti, singolarmente considerate, sia il funzionamento complessivo della versione canadese del test di proporzionalità, almeno fino al primo decennio del ventunesimo secolo. A partire, infatti, da tale periodo storico, sembra registrarsi un cambiamento di rotta da parte della Corte Suprema, per quanto concerne l'applicazione del test di proporzionalità. Tale mutamento necessita, peraltro, di una trattazione separata. Da ultimo, si tenterà di verificare, a distanza di oltre trent'anni ed in virtù di alcune critiche alquanto severe provenienti da una parte della dottrina, cosa rimane del modello proposto dal Chief Justice Dickson e quali modifiche debbano essere apportate, per far sì che il test di proporzionalità possa continuare a rappresentare un efficace standard argomentativo a disposizione dei giudici della Corte Suprema.

II. La tutela dei diritti e delle libertà fondamentali prima del 1982

Fino all'entrata in vigore della *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, nel 1982, il Canada è stato sprovvisto di una carta dei diritti fondamentali di livello costituzionale². Ciò vuol dire che, prima del 1982, l'incisività degli strumenti di

² T. Groppi, *Canada*, Bologna, Il Mulino, 2006, pp. 109-110; P. Passaglia, *Modello inglese vs. modello statunitense nell'edificazione del sistema canadese di giustizia costituzionale*, in E.

tutela dei diritti fondamentali a disposizione della Corte Suprema era generalmente scarsa. Dunque, il sindacato di costituzionalità, previsto dal *British North America Act* del 1867, presentava un elemento di debolezza, costituito dalla limitatezza del parametro costituzionale³. Le Corti canadesi ed, in particolare, la Corte Suprema dovevano limitarsi a dirimere questioni attinenti al riparto della competenza legislativa tra le Province ed il Parlamento federale; mentre erano forniti pochissimi strumenti ai giudici per dichiarare l'incostituzionalità di leggi ritenute in contrasto con i diritti e le libertà fondamentali⁴.

Un primo tentativo di garantire un adeguato livello di tutela dei diritti fondamentali venne esperito in via giurisprudenziale, attraverso l'elaborazione della teoria dell'*Implied Bill of Rights*⁵. Per giustificare l'esistenza di una carta dei diritti implicita, la Corte Suprema fece riferimento al preambolo del *British North America Act*, nella parte in cui si riferiva ad una Costituzione "*similar in principle to that of the United Kingdom*". L'idea era quella di riconoscere la protezione di tutte le libertà che, nello stesso periodo, erano garantite nel Regno Unito. La teoria dell'*Implied Bill of Rights* venne impiegata per la prima volta dalla Corte Suprema nel 1938, in occasione di una procedura di *reference*, che coinvolgeva la libertà di espressione⁶. In particolare, dalle argomentazioni svolte dal giudice Duff, si rileva che il *British North America Act* implicitamente vietava, sia ai legislatori provinciali sia al Parlamento federale, di limitare tutte quelle manifestazioni della libertà di espressione aventi carattere politico⁷. Questa impostazione venne, successivamente, ripresa nel caso *Switzman v. Elbling*⁸,

Ceccherini (a cura di), *A trent'anni dalla Patriation canadese. Riflessioni della dottrina italiana*, Genova, Genova University Press, 2013, pp. 48 - 63.

³ C. Drigo, *La giustizia costituzionale in Canada*, in L. Mezzetti, *Sistemi e modelli di giustizia costituzionale*, Padova, Cedam, 2009, pp. 668 - 669.

⁴ R. J. Sharpe, *La Carta canadese dei diritti e delle libertà*, in 2 *Quaderni Costituzionali*, 1992, 363, pp. 364-365; S. Pennicino, *Contributo allo studio della ragionevolezza nel diritto comparato*, Rimini, Maggioli Editore, 2012, pp. 46-48.

⁵ P. W. Hogg, *Constitutional Law of Canada*, 5th ed., Toronto, Carswell, 2007, volume II, pp. 10-13. Si veda, altresì, P. Passaglia, *Modello inglese vs. modello statunitense nell'edificazione del sistema canadese di giustizia costituzionale*, cit. pp. 51-52.

⁶ *Reference Re Alberta Statutes*, S.C.R. 100, (1938).

⁷ *Reference Re Alberta Statutes*, cit., pp. 133-134.

⁸ *Switzman v. Elbling*, S.C.R. 285, (1957).

anch'esso inerente la libertà di espressione; in tale circostanza, il giudice Abbott esplicitamente riconobbe che il Parlamento “*could not abrogate this right of discussion and debate*”⁹. Nonostante queste sporadiche apparizioni, la teoria dell’*Implied Bill of Rights* non si è, però, mai affermata in via generale, al punto che la Corte Suprema, con la decisione resa nel 1978 sul caso *A.G. Can. and Dupond v. Montreal*¹⁰, è giunta a rinnegarla esplicitamente. A tal proposito, il giudice Beetz, nel rilasciare l’opinione di maggioranza, ha impiegato le seguenti parole: “*none of the fundamental freedoms which were inherited from the United Kingdom is so enshrined in the Constitution as to be beyond the reach of competent legislation*”¹¹.

Un secondo tentativo, per sopperire all’assenza di una carta dei diritti fondamentali, venne compiuto dal legislatore, attraverso l’emanazione, nel 1960, del *Canadian Bill of Rights*¹². Si trattava di una disposizione legislativa che garantiva, fra le altre, la libertà religiosa, la libertà di associazione e di riunione, la libertà di espressione, nonché una ampia gamma di pretese di carattere giuridico. Tuttavia, il *Canadian Bill of Rights* apparve, sin da subito, inadatto a garantire un’efficace tutela ai diritti fondamentali in esso previsti e ciò per molteplici ragioni. In primo luogo, il *Canadian Bill of Rights* aveva il rango di legge ordinaria e, in quanto tale, non era idoneo ad imporsi, in virtù del criterio cronologico “*lex posterior derogat priori*”, nei confronti di una legge ordinaria adottata in un momento successivo.

In secondo luogo, in virtù della Sezione 5 del *Canadian Bill of Rights*¹³, le previsioni in esso contenute trovavano applicazione solamente con riferimento

⁹ *Switzman v. Elbling*, cit., p. 328.

¹⁰ *A.G. Can. and Dupond v. Montreal*, 2 S.C.R. 770, (1978).

¹¹ *A.G. Can. and Dupond v. Montreal*, cit., p. 796.

¹² W. S. Tarnopolsky, *The Historical and Constitutional Context of the Proposed Canadian Charter of Rights and Freedoms*, in 44 *Law and Contemporary Problems*, 1981, No. 3, 169, pp. 173-175. Si veda, altresì, P. W. Hogg, *Constitutional Law of Canada*, cit., pp. 15-26.

¹³ La Sezione 5 del *Canadian Bill of Rights* disponeva quanto segue: “*The expression “law of Canada” in Part I means an Act of the Parliament of Canada enacted before or after the coming into force of this Act, any order, rule or regulation thereunder, and any law in force in Canada or*

agli atti legislativi del Parlamento federale e non vincolavano, invece, i legislatori provinciali.

In terzo luogo, si pensi al significato attribuito dalla Corte Suprema alla Sezione 2 del *Canadian Bill of Rights*. Tale disposizione prevedeva che “*every law of Canada shall, unless it is expressly declared by an act of the Parliament of Canada that it shall operate notwithstanding the Canadian Bill of Rights, be so construed and applied as not to abrogate, abridge or infringe or to authorize the abrogation, abridgement or infringement of any of the rights or freedoms herein recognized and declared, and in particular, no law of Canada shall be construed or applied so as to ...*”. Premesso che la norma non dichiarava espressamente invalide le disposizioni legislative in contrasto con le previsioni del *Canadian Bill of Rights*, la Corte Suprema si è mostrata, dal canto suo, particolarmente timida a censurare l’operato del legislatore, qualora confliggesse con i diritti fondamentali ivi previsti¹⁴. In particolare, l’esame delle sentenze emanate dalla Corte Suprema tra il 1960 ed il 1982 rivela un atteggiamento di forte *self-restraint* dei giudici. Infatti, su un totale di trenta casi nei quali la Corte Suprema è stata chiamata a pronunciarsi, solamente in un’occasione¹⁵ è stata dichiarata “*inoperative*”¹⁶ una legge, emanata nel rispetto delle norme preposte al riparto di competenze tra Parlamento federale e Province, ma contrastante con il *Canadian Bill of Rights*. In tutti gli altri casi, invece, la Corte Suprema ha riconosciuto nel *Canadian Bill of Rights* solamente un canone ermeneutico, nel senso che, qualora non fosse stato

in any part of Canada at the commencement of this Act that is subject to be repealed, abolished or altered by the Parliament of Canada”.

¹⁴ G. Telese, *Le limitazioni al godimento dei diritti fondamentali secondo i principi generali elaborati dalla Corte Suprema del Canada*, in G. Rolla (a cura di), *Lo sviluppo dei diritti fondamentali in Canada*, Milano, Giuffrè Editore, 2000, pp. 85-86. Si veda, altresì, T. Groppi, *La Corte Suprema del Canada come “giudice dei diritti”*, in G. Rolla (a cura di), *Lo sviluppo dei diritti fondamentali in Canada*, Milano, Giuffrè Editore, 2000, p. 66.

¹⁵ Il riferimento è al caso *R. v. Drybones*, S.C.R. 282, (1970), nel quale la Corte Suprema ha dichiarato inoperante (*inoperative*) l’articolo 94 dell’*Indian Act* - legge federale che prevedeva pene pecuniarie e misure detentive particolarmente severe per gli indiani trovati in stato di ebbrezza al di fuori della loro riserva - per violazione del principio di uguaglianza, sancito dalla sezione 1(b) del *Canadian Bill of Rights*.

¹⁶ Il termine “*inoperative*” non sta ad indicare l’invalidità di una disposizione legislativa contrastante con il *Canadian Bill of Rights*; piuttosto, esso indica che, in quel determinato caso concreto, la disposizione legislativa in questione non potrà trovare applicazione.

possibile risolvere in via interpretativa l'antinomia creatasi, cessavano gli effetti della Sezione 2 e la disposizione legislativa con essa contrastante avrebbe trovato, comunque, applicazione¹⁷.

In sostanza, sia la teoria dell'*Implied Bill of Rights*, sia il *Canadian Bill of Rights*, risultarono particolarmente inadeguati a prestare un'efficace tutela ai diritti ed alle libertà fondamentali. Si faceva, pertanto, sempre più pressante l'esigenza di procedere ad un rafforzamento delle previsioni in tema di diritti. Ed è proprio tale necessità che indusse il Governo federale, presieduto dal Primo Ministro Pierre Trudeau, a cercare un accordo con gli esecutivi provinciali, al fine di ricomprendere in quello che sarebbe diventato il *Constitution Act 1982*, una Carta dei Diritti e delle Libertà.

III. Considerazioni sul ruolo della *Canadian Charter of Rights and Freedoms* nel processo di *judicial review*

La *Canadian Charter of Rights and Freedoms* ha rappresentato nella storia costituzionale del Canada “*uno spartiacque nella concezione dei diritti e nel riconoscimento delle differenze culturali*”¹⁸. L'introduzione della Carta dei Diritti, che venne accolta con particolare entusiasmo dal Primo Ministro Pierre Trudeau¹⁹, rappresenta, infatti, una decisa rottura con l'esperienza precedente ed indica, al tempo stesso, la volontà di dar vita ad un nuovo modello di tutela dei diritti fondamentali²⁰. La *Canadian Charter of Rights and Freedoms* costituisce, infatti, la parte prima del *Constitution Act 1982*; essa è, pertanto, ricompresa in un

¹⁷ P. Passaglia, *Modello inglese vs. modello statunitense nell'edificazione del sistema canadese di giustizia costituzionale*, cit., pp. 52-53.

¹⁸ G. Rolla, *I caratteri di una società libera e democratica secondo la giurisprudenza della Corte suprema del Canada*, in G. Rolla (a cura di), *Eguali, ma diversi*, Milano, Giuffrè Editore, 2006, p. 11. Si veda, altresì, G. Rolla, *L'ordinamento costituzionale del Canada: un laboratorio in continua evoluzione*, in E. Ceccherini (a cura di), *A trent'anni dalla Patriation canadese. Riflessioni della dottrina italiana*, Genova, Genova University Press, 2013, pp. 9-11.

¹⁹ Si veda, a tal proposito, P. E. Trudeau, *Memoirs*, Toronto, McClelland & Stewart, 1993, ove l'autore - nonché ex Primo Ministro all'epoca di pubblicazione del libro - descrive la *Canadian Charter of Rights and Freedoms* “*as a new beginning for the Canadian nation*” (p. 363).

²⁰ B. McLachlin, *The Canadian Charter of Rights and Freedoms' First 30 Years: A Good Beginning*, in 61 *Supreme Court Law Review*, 2013, 25, p. 28 .

documento costituzionale²¹. In quanto tale, può essere modificata solamente attraverso la procedura di revisione costituzionale²² ed è destinata a prevalere, in virtù della clausola prevista dalla Sezione 52(1) della Carta medesima, nei confronti di leggi ordinarie che si pongano in contrasto con essa²³. Inoltre, diversamente da quanto previsto dal *Canadian Bill of Rights*²⁴, le previsioni della *Canadian Charter of Rights and Freedoms* trovano applicazione sia con riferimento al Parlamento federale, sia nei confronti dei legislatori provinciali²⁵.

In sostanza, l'importanza della Carta dei Diritti e delle Libertà consiste nell'aver attribuito rilevanza costituzionale ad un insieme di diritti e di valori fondamentali che, in precedenza, erano riconosciuti in via giurisprudenziale o racchiusi in una legge ordinaria²⁶.

Per quanto concerne il contenuto della *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, essa contiene un catalogo di diritti, riconducibili, tendenzialmente, alle libertà classiche, proprie degli stati liberali²⁷; viceversa, non sono espressamente

²¹ A tal proposito, si veda A. Barak, *Proportionality. Constitutional Rights and their Limitations*, Cambridge, Cambridge University Press, 2012, pp. 188-190. L'autore afferma espressamente che "the Charter is now constitutional" (p. 188).

²² Si veda, al riguardo, il combinato disposto della Sezione 52(2-3) e della Sezione 38 del *Constitution Act 1982*.

²³ La Sezione 52(1) prevede che "The Constitution of Canada is the supreme law of Canada, and any law that is inconsistent with the provisions of the Constitution is, to the extent of the inconsistency, of no force or effect".

²⁴ Si veda *supra* Par. II.

²⁵ La Sezione 32(1) stabilisce che: "The Charter applies:

(a) to the Parliament and government of Canada in respect of all matters within the authority of Parliament including all matters relating to the Yukon Territory and Northwest Territories; and
(b) to the legislative and government of each province in respect of all matters within the authority of the legislature of each province".

Per un approfondimento sul tema, si veda P. W. Hogg, *Constitutional Law of Canada*, cit., pp. 80-85.

²⁶ G. Telese, *Le limitazioni al godimento dei diritti fondamentali secondo i principi generali elaborati dalla Corte Suprema del Canada*, cit., p. 87. Si veda, altresì, R. J. Sharpe, *Il controllo di costituzionalità nell'ordinamento canadese: le tecniche più recenti*, in 2 *Quaderni Costituzionali*, 1994, 291, p. 294.

²⁷ Si veda R. J. Sharpe, *La Carta canadese dei diritti e delle libertà*, cit., pp. 365-366. In particolare, l'autore individua "sei grandi categorie di diritti: (1) le così dette libertà fondamentali di coscienza, religione, pensiero, credenza, opinione, espressione, riunione ed associazione; (2) i diritti politici di un ordinamento democratico incluso il diritto di votare, la garanzia di regolari

ricompresi i diritti a carattere sociale. Infine, sono presenti alcuni diritti, propri dell'esperienza costituzionale canadese, quali i diritti delle minoranze linguistiche, il multiculturalismo ed i diritti dei popoli aborigeni.

L'introduzione della *Canadian Charter of Rights and Freedoms* ha avuto un impatto rilevante con riferimento al sistema di giustizia costituzionale canadese; si è assistito, infatti, ad una significativa dilatazione delle norme parametro nei giudizi di legittimità costituzionale. In particolare, i diritti e le libertà previste dalla Carta dei Diritti e delle Libertà divennero il principale parametro, mediante il quale valutare la legittimità costituzionale di qualsiasi previsione legislativa, sia essa federale o provinciale²⁸. Ciò ha prodotto un'ulteriore ed inevitabile conseguenza: a partire dal 1982, i casi in cui la Corte Suprema è stata chiamata a dirimere conflitti in merito al riparto di competenze tra il Parlamento federale ed i legislatori nazionali sono sempre più rari; mentre sono sempre più frequenti le pronunce, che coinvolgono i diritti e le libertà fondamentali (*charter cases*)²⁹. Dunque, la Corte Suprema ha abbandonato quell'atteggiamento di *self-restraint* che aveva caratterizzato la tutela dei diritti fondamentali nel periodo antecedente al 1982, per intraprendere, invece, un attivismo interpretativo nella garanzia di

elezioni e il diritto del Parlamento di riunirsi; (3) la libertà di espatrio, di entrare nel Paese, di fissare la propria residenza in qualsiasi provincia e di svolgervi attività di lavoro retribuite; (4) garanzie procedurali, particolarmente quelle attinenti ai procedimenti penali quali il diritto ad essere salvaguardati da perquisizioni e sequestri irragionevoli, l'habeas corpus, il diritto all'assistenza legale; il diritto ad un processo entro termini ragionevoli e la presunzione di innocenza; (5) l'eguaglianza formale e sostanziale e (6) le garanzie linguistiche" (p. 365). Si veda, altresì, T. Groppi, *La Corte Suprema del Canada come "giudice dei diritti"*, cit., pp. 365-366.

²⁸ A. Pitino, *Il federalismo canadese e i "limiti ragionevoli" in una free and democratic society*, in E. Ceccherini (a cura di), *A trent'anni dalla Patriation canadese. Riflessioni della dottrina italiana*, Genova, Genova University Press, 2013, p. 143. Si veda, inoltre, P. Passaglia, *Modello inglese vs. modello statunitense nell'edificazione del sistema canadese di giustizia costituzionale*, cit. p. 55.

²⁹ Per un'analisi statistica, in merito all'impatto della *Canadian Charter of Rights and Freedoms* sulla tipologia di pronunce adottate dalla Corte Suprema, si rinvia a F. L. Morton, P. H. Russel, M. J. Withey, *The Supreme Court's First One Hundred Charter of Rights Decisions: A Statistical Analysis*, in 30 *Osgoode Hall Law Journal*, 1992, No. 1, 1, pp. 4-8.

siffatti diritti³⁰. Tale mutamento non è sfuggito alla dottrina canadese che, a tal proposito, ha coniato l'espressione "*Charter revolution*"³¹.

Tale espressione, all'interno del presente lavoro, assume, peraltro, un ulteriore significato: infatti, fino al 1982, la Corte Suprema del Canada non aveva impiegato la proporzionalità, né come criterio di valutazione, né, a maggior ragione, come standard argomentativo³². Con l'entrata in vigore della Carta dei Diritti e delle Libertà, lo scenario muta radicalmente, dal momento che la proporzionalità diviene la principale tecnica interpretativa utilizzata dai giudici, per valutare la costituzionalità di interventi legislativi in contrasto con i diritti e le libertà fondamentali. In particolare, la Corte Suprema ha individuato un test di proporzionalità interpretando ed argomentando a partire dalla Sezione 1 della Carta. Pertanto, prima di esaminare nello specifico il test di proporzionalità, diventa opportuno svolgere alcune riflessioni di carattere introduttivo sia con riferimento, in generale, ai tratti caratteristici dell'interpretazione costituzionale in Canada, sia in merito alla Sezione 1.

IV. (A proposito di) Interpretazione costituzionale

L'analisi della giurisprudenza della Corte Suprema risulta particolarmente interessante anche per quanto concerne l'interpretazione costituzionale; essa, infatti, ha sperimentato, nel corso degli anni, un ampio ventaglio di tecniche, ciascuna con connotati propri³³. Fra i molteplici tratti distintivi, nell'ottica del presente lavoro, si segnalano i seguenti tre: l'interpretazione generosa (o estensiva) delle disposizioni della Carta dei Diritti e delle Libertà,

³⁰ F. L. Morton, P. H. Russel, M. J. Withey, *The Supreme Court's First One Hundred Charter of Rights Decisions: A Statistical Analysis*, cit., pp. 47-48.

³¹ F. L. Morton, R. Knopff, *The Charter Revolution and the Court Party*, Toronto, Toronto University Press, 2000.

³² A. Barak, *Proportionality. Constitutional Rights and their Limitations*, cit., p. 188.

³³ Per un approfondimento sul tema, si veda: P. W. Hogg, *Canada: From Privy Council to Supreme Court*, in J. Goldsworthy, *Interpreting Constitutions. A Comparative Study*, Oxford, Oxford University Press, 2006, pp. 55-105; P. W. Hogg, *Constitutional Law of Canada*, cit., pp. 51-71.

l'interpretazione evolutiva, nonché il ruolo rilevante della comparazione giuridica nell'interpretazione del diritto nazionale.

IV.1. Interpretazione estensiva

La Corte Suprema, almeno in un primo momento, ha offerto un'interpretazione particolarmente ampia delle disposizioni della *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, volta a ricomprendere, nell'ambito di operatività di ciascun diritto, il maggior numero possibile di manifestazioni, mediante le quali esso può presentarsi nella realtà concreta³⁴. L'obbiettivo e, al tempo stesso, la giustificazione per un siffatto approccio, era rappresentato dalla volontà di accordare un elevato e soddisfacente grado di tutela alle libertà fondamentali³⁵. Affermazioni in tal senso si rinvencono con particolare frequenza nelle decisioni della Corte Suprema³⁶. Ad esempio, si prendano in considerazione le pronunce *Hunter v. Southam Inc.*³⁷ e *R. v. Big M Drug Mart Ltd*³⁸, con le quali il Chief Justice Dickson ritenne che l'approccio alle norme di rango costituzionale dovesse essere finalizzato a fornire un'interpretazione ampia e liberale, piuttosto che restrittiva e letterale.

³⁴ Si veda, al riguardo, A. Lokan, *The Rise and Fall of Doctrine under Section 1 of the Charter*, in 24 *Ottawa Law Review*, 1992, No. 1, 163, p. 169.

Per un critica nei confronti di un siffatto approccio, si veda P. W. Hogg, *Interpreting the Charter of Rights: Generosity and Justification*, in 28 *Osgoode Hall Law Journal*, 1990, No. 4, 817, pp. 818-821.

³⁵ P. W. Hogg, *Canada: From Privy Council to Supreme Court*, cit., p. 88.

³⁶ Si vedano, oltre alle sentenze citate alle note 37-38, le seguenti pronunce: *Min. of Home Affairs v. Fisher*, A. C. 319, (1980), p. 328; *Re B. C. Motor Vehicle Act*, 2 S.C.R. 486, (1985), p. 509; *United States v. Cotroni*, 1 S.C.R. 1469, (1989), p. 1480; *Re Prov. Electoral Boundaries (Sask)*, 2 S.C.R. 158, (1991), p. 179.

³⁷ *Hunter v. Southam Inc.*, 2 S.C.R. 145, (1984). Nel rilasciare l'opinione di maggioranza, il Chief Justice Dickson, affermò che la presenza di una carta dei diritti, all'interno di un documento costituzionale, necessita di "a generous interpretation avoiding what has been called "the austerity of tabulated legalism", suitable to give individuals the full measure of the fundamental rights and freedoms referred to" (p. 156).

³⁸ *R. v. Big M Drug Mart Ltd*, 1 S.C.R. 295, (1985). In tale occasione, il Chief Justice Dickson ribadì che "The interpretation should be, as the judgement in *Southam* emphasizes, a generous rather than a legalistic one, aimed at fulfilling the purpose of the guarantee and securing for individuals the full benefit of the Charter's protection" (p. 344).

IV.2. Interpretazione evolutiva

Il presupposto dell'approccio delineato al paragrafo precedente, è rappresentato da un'ulteriore tecnica ermeneutica impiegata dalla Corte Suprema: l'interpretazione evolutiva o progressiva³⁹. In virtù di tale tecnica, le disposizioni della Carta dei Diritti e delle Libertà devono prestarsi ad un'interpretazione flessibile ed evolutiva, così da poter adattarsi ai mutamenti di natura storica, politica e sociale verificatisi in un momento successivo all'entrata in vigore della Carta medesima. In tale prospettiva, l'interpretazione costituzionale, lungi dal rappresentare un'operazione rigida, consente di ricomprendere nell'ambito di operatività di un determinato diritto, anche quelle manifestazioni che non era possibile preventivare quando è stata adottata la carta costituzionale. L'esigenza di introdurre un determinato grado di flessibilità, inoltre, trova giustificazione in un triplice ordine di ragioni⁴⁰.

In primo luogo, in Canada è particolarmente diffusa e condivisa, sia in dottrina, che in giurisprudenza, una concezione non statica del testo costituzionale, secondo la quale, dal momento che esso è destinato a durare a lungo nel tempo, è inevitabile sottoporlo a modifiche ed adeguamenti. L'idea di una Costituzione dinamica, capace di adattarsi ed aggiornarsi con il trascorrere del tempo, venne formulata, per la prima volta, dal Lord Sankey, nel caso *Edwards v. A.-G. Can.*⁴¹, deciso dal Judicial Committee of the Privy Council, attraverso l'impiego di una formula particolarmente incisiva: "*a living tree capable of growth and expansion within its natural limits*"⁴². La Corte Suprema, dal canto suo, ha ripreso e

³⁹ G. Telese, *Le limitazioni al godimento dei diritti fondamentali secondo i principi generali elaborati dalla Corte Suprema del Canada*, cit., p. 93. Si veda, altresì, S. Rodriguez, *La Corte Suprema del Canada e l'art. 1 della Carta dei Diritti. Una "free and democratic society" in continua evoluzione*, in G. Rolla, *L'apporto della Corte Suprema alla determinazione dei caratteri dell'ordinamento costituzionale canadese*, Milano, Giuffrè Editore, 2008, pp. 243-244.

⁴⁰ G. Huscroft, *A Constitutional "Work in Progress"? The Charter and the Limits of Progressive Interpretation*, in 23 *Supreme Court Law Review*, 2004, 413, pp. 416-424.

⁴¹ *Edwards v. A.-G. Can.*, A.C. 124, (1930).

⁴² *Edwards v. A.-G. Can.*, cit., p. 136.

sviluppato il concetto di *living Constitution*⁴³, affermando, ad esempio, che “*a constitution, by contrast, is drafted with an eye to the future. ... It must, therefore, be capable of growth and development over time to meet new social, political and historical realities often unimagined by its framers*”⁴⁴. Seguendo tale impostazione, inoltre, la Corte Suprema del Canada ha attribuito scarsa rilevanza alle intenzioni originarie dei padri costituenti (*original intent*)⁴⁵; essa, infatti, ha preferito non cristallizzare l’interpretazione della Carta, ancorandola ad un determinato momento storico, ma piuttosto privilegiare una concezione evolutiva dei diritti e delle libertà.

In secondo luogo, l’interpretazione evolutiva diventa necessaria, dal momento che il procedimento per emendare il *Constitution Act 1982* (e, dunque, anche la *Canadian Charter of Rights and Freedoms*) è particolarmente gravoso e, come tale, inadatto a fornire risposte veloci ed adeguate alle nuove esigenze, che si manifestano nella realtà concreta⁴⁶. A fronte di tale difficoltà, l’interpretazione diviene lo strumento privilegiato, per adeguare la Carta ai tempi e non renderla un documento obsoleto; infatti, mediante l’utilizzo della tecnica evolutiva è possibile introdurre quei mutamenti che si rendono di volta in volta necessari⁴⁷.

Infine, si tenga presente che l’interpretazione evolutiva è favorita dalla formulazione testuale della Carta dei Diritti e delle Libertà. Infatti, i diritti in essa

⁴³ Per un approfondimento sul tema, si veda A. Kavanagh, *The Idea of a Living Constitution*, in 16 *Canadian Journal of Law & Jurisprudence*, 2003, 55.

⁴⁴ *Hunter v. Southam Inc.*, cit., p. 155. Si vedano, a tal proposito, anche le seguenti pronunce: *Attorney General of Quebec v. Blaikie*, 2 S.C.R. 1016, (1979), p. 1029; *Reference Residential Tenancies Act, 1979*, 1 S.C.R. 714, (1981), p. 723; *Law Society of Upper Canada v. Skapinker*, 1 S.C.R. 357, (1984), pp. 365-366; *Attorney General of Manitoba v. Metropolitan Stores Ltd.*, 1 S.C.R. 110, (1987), pp. 123-124; *Reference re Same-Sex Marriage*, 3 S.C.R. 698, (2004), pp. 710-712; *Attorney General of Canada v. Hislop*, 1 S.C.R. 429, (2007), p. 468.

⁴⁵ Si veda, al riguardo, *Reference B. C. Motor Vehicle Act*, cit., p. 509.

⁴⁶ Da questo punto di vista, la situazione è simile all’esperienza costituzionale statunitense, ove si contrappongono due differenti ideologie: *originalism* e *non originalism*. In particolare, quest’ultima mette in risalto il carattere estremamente complesso del procedimento emendativo previsto dal quinto articolo della Costituzione americana, per giustificare l’utilizzo di tecniche interpretative, ulteriori rispetto all’interpretazione letterale ed a quella che ricerca l’*original intent* dei costituenti. Per un approfondimento sul tema, si rinvia al Capitolo IV, Par. II.

⁴⁷ A. Kavanagh, *The Idea of a Living Constitution*, cit., pp. 56-57.

sanciti, sono codificati - come avviene nella maggior parte della Costituzioni contemporanee - in formulazioni estremamente ampie ed indeterminate⁴⁸. Tale caratteristica consente di attribuire a ciascuna disposizione un significato parzialmente diverso a seconda del periodo storico, e, così facendo, di ricomprendere all'interno dell'ambito di operatività di ciascun diritto manifestazioni che, al momento dell'adozione del testo costituzionale, non potevano ragionevolmente essere previste⁴⁹.

IV.3. La comparazione come strumento di interpretazione

La Corte Suprema ha fatto ampio ricorso alla comparazione giuridica per l'interpretazione delle disposizioni della *Canadian Charter of Rights and Freedoms*⁵⁰; infatti, come è stato sottolineato in dottrina, essa costituisce “*a particularly striking example of openness*”⁵¹; vale a dire che si tratta di una Corte che si è mostrata sempre molto sensibile verso le soluzioni adottate in altri ordinamenti.

In un primo momento, l'esigenza di volgere lo sguardo altrove e di prendere in considerazione la giurisprudenza di altre esperienze costituzionali e sovranazionali, fu dettata dalla necessità di interpretare un documento, di livello costituzionale, nuovo nella storia dell'ordinamento canadese⁵². Ciò, a maggior

⁴⁸ Si rinvia, a tal proposito, alle riflessioni svolte al Capitolo I, Par. V.

⁴⁹ Si veda W. Rehnquist, *The Notion of a Living Constitution*, in 54 *Texas Law Review*, 1976, 693. In particolare, l'autore evidenzia lo stretto legame che si instaura fra l'utilizzo di un linguaggio generico e l'interpretazione costituzionale. A tal proposito, egli osserva quanto segue: “*where the framers of the Constitution have used general language, they have given latitude to those who would later interpret the instrument to make that language applicable to cases that the framers might not have foreseen*” (p. 694).

⁵⁰ S. K. Harding, *Comparative Reasoning and Judicial Review*, in 28 *Yale Journal of International Law*, 2003, 409, pp. 409-417; P. W. Hogg, *Constitutional Law of Canada*, cit., pp. 64-68; P. W. Hogg, *Canada: From Privy Council to Supreme Court*, cit., pp. 80-82.

⁵¹ S. K. Harding, *Comparative Reasoning and Judicial Review*, cit., p. 416.

⁵² Tale connotato non è una peculiarità propria dell'esperienza costituzionale canadese; al contrario, fenomeni analoghi si rinvencono in tutti quei paesi che soltanto in epoche recenti hanno adottato un documento costituzionale e, con esso, hanno avvertito la necessità di garantire un'efficace protezione ai diritti fondamentali. Ad esempio, si pensi al Sud Africa, che solamente nel 1996 ha adottato una Costituzione definitiva; all'interno del documento costituzionale

ragione, se si tiene presente che le pronunce, in materia di diritti fondamentali, adottate nel periodo antecedente al 1982 erano assai rare⁵³ e, comunque, di scarso interesse⁵⁴. Successivamente, anche quando venne meno l'esigenza di individuare precedenti decisioni che potessero costituire un punto di riferimento per l'interpretazione dei primi casi, inerenti la Carta dei Diritti e della Libertà, la Corte Suprema non ha, tuttavia, abbandonato la tendenza a prendere in considerazione esperienze straniere. Piuttosto, attraverso l'utilizzo della comparazione giuridica, essa ha sviluppato un proficuo rapporto, di tipo dialogico, con altre Corti di vertice, siano esse costituzionali o sovranazionali⁵⁵.

Per quanto concerne le esperienze prese in considerazione, innanzitutto, viene in rilievo la giurisprudenza della Corte Suprema degli Stati Uniti⁵⁶, sia per la vicinanza territoriale, sia per alcune tradizioni culturali e giuridiche comuni⁵⁷. Peraltro, i giudici della Corte Suprema del Canada - sebbene riconoscano l'utilità dell'esperienza costituzionale statunitense, dedicando ad essa, talvolta, anche

sudafricano si rinviene una disposizione che, in tema di interpretazione dei diritti fondamentali, espressamente stabilisce la possibilità di fare ricorso alla comparazione giuridica. Invero, il primo paragrafo dell'articolo 39, inserito nel secondo capitolo della Costituzione che costituisce il *Bill of Rights*, prevede che: “*When interpreting the Bill of Rights, a court, a tribunal or forum:*

a) must promote the values that underlie an open and democratic society based on human dignity, equality and freedom;

b) must consider international law;

c) may consider foreign law”.

⁵³ Per quanto concerne l'atteggiamento di *self-restraint* dei giudici della Corte Suprema nel periodo compreso tra il 1960 ed il 1982, si rinvia alle considerazioni svolte *supra* Par. II.

⁵⁴ P. W. Hogg, *Constitutional Law of Canada*, cit., pp. 63-64.

⁵⁵ Si veda, a tal proposito, G. V. La Forest, *The Use of American Precedents in Canadian Courts*, in 46 *Maine Law Review*, 1994, 211. In particolare l'autore evidenzia che “*necessity has been replaced by a sincere outward-looking interest in the views of other societies, especially those with traditions similar to ours*” (p. 212). Si veda, altresì, C. L'Heureux-Dubé, *The Importance of Dialogue: Globalization and the International Impact of the Rehnquist Court*, in 34 *Tulsa Law Journal*, 1998, 15, ove l'autore ha impiegato le seguenti parole: “*The process of international influence has changed from reception to dialogue ... As judgements in different countries increasingly build on each other, mutual respect and dialogue are fostered among appellate courts. Judges around the world look to each other for persuasive authority, rather than some judges being “givers” of law while others are “receivers”*” (p. 17).

⁵⁶ S. K. Harding, *Comparative Reasoning and Judicial Review*, cit., pp. 413-414.

⁵⁷ G. V. La Forest, in *The Use of American Precedents in Canadian Courts*, cit., osserva che Canada e Stati Uniti hanno in comune “*a common law heritage in private law and in liberal democratic and federal structures of government*” (p. 212).

lunghe *obiter dicta*⁵⁸ - nella maggior parte dei casi tendono a discostarsi dai risultati cui sono pervenuti i colleghi americani⁵⁹. Tale conclusione può essere più facilmente compresa, avendo presente i diversi modelli e standard argomentativi impiegati rispettivamente dalla Corte Suprema del Canada e da quella degli Stati Uniti, nel prendere una decisione inerente i diritti fondamentali⁶⁰. In altre parole, un più proficuo dialogo tra le due Corti sembra essere reso particolarmente difficoltoso dal fatto che esse impieghino diverse tecniche interpretative, che non consentono di raggiungere soluzioni condivise da entrambe.

Inoltre, mentre acquisiva sempre più rilevanza l'idea del dialogo fra giudici appartenenti ad esperienze costituzionali diverse, la Corte Suprema del Canada ha progressivamente ampliato i propri orizzonti, non più circoscritti alla giurisprudenza statunitense⁶¹. Al giorno d'oggi, infatti, sono costantemente prese in considerazione sia le decisioni di altre esperienze costituzionali, europee e non, sia le sentenze delle Corti sovranazionali. Fra queste ultime, assume primaria importanza la giurisprudenza della Corte Europea dei diritti dell'uomo, con sede a Strasburgo⁶².

V. Sezione I della *Canadian Charter of Rights and Freedoms*

La Sezione I della Carta dei Diritti e delle Libertà presenta il seguente tenore testuale: “*The Canadian Charter of Rights and Freedoms guarantees the rights*

⁵⁸ Ad esempio, si veda la decisione *R. v. Morgentaler*, 1 S.C.R. 30, (1988), in materia di aborto, nella quale viene attentamente esaminata l'evoluzione del diritto alla *privacy* nella giurisprudenza costituzionale statunitense (in particolare, si veda l'opinione del giudice Wilson, pp. 166-170).

⁵⁹ P. W. Hogg, *Constitutional Law of Canada*, cit., pp. 64-65.

⁶⁰ Per quanto riguarda l'esperienza costituzionale degli Stati Uniti, si rinvia al Capitolo IV.

⁶¹ Anzi, l'importanza della giurisprudenza statunitense sembra progressivamente svanire, proprio perché, ad oggi, la Corte Suprema americana non ha instaurato alcun rapporto dialogico con altri giudici costituzionali, restando, in tal modo, in una posizione di isolamento. A tal proposito, si veda A. Barak, *Foreword: A Judge on Judging: The Role of a Supreme Court in a Democracy*, in 116 *Harvard Law Review*, 2002, 19, p. 27 e p. 114. Il tema viene ripreso nel Capitolo IV, Par. III.1.2.

⁶² B. Hovius, *The Limitation Clauses of The European Convention on Human Rights: A Guide for the Application of Section 1 of the Charter*, in 17 *Ottawa Law Review*, 1985, 213, pp. 260-261. A titolo esemplificativo, si vedano: *R. v. Oakes*, cit., pp. 131-132; *Thomson Newspapers v. Canada*, 1 S.C.R. 877, (1998), pp. 936-938.

and freedoms set out in it subject only to such reasonable limits prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society". Tale disposizione riconosce e garantisce i diritti e le libertà previsti dalla Carta medesima, ammettendo, tuttavia, la possibilità di limitare i suddetti diritti, al ricorrere di alcune condizioni. Innanzitutto, i limiti, per poter essere tollerati, devono essere prescritti dalla legge; inoltre, essi devono essere ragionevoli ed oggettivamente giustificabili in una società libera e democratica.

L'esame del significato che la Corte Suprema ha attribuito a tale disposizione e l'analisi dello standard argomentativo impiegato per interpretarla costituiscono l'oggetto dei prossimi paragrafi. Di seguito, invece, saranno svolte alcune considerazioni di carattere generale.

La Sezione 1 rappresenta, in primo luogo, una clausola di flessibilizzazione⁶³, finalizzata - insieme alla Sezione 33⁶⁴ - a circoscrivere gli effetti del principio di rigidità costituzionale e, dunque, a mitigare l'impatto della *Canadian Charter of Rights and Freedoms* e, più in generale, del *Constitution Act 1982*⁶⁵. L'introduzione di tale disposizione all'interno della Carta dei Diritti e delle Libertà costituisce, infatti, il frutto dei timori, mai sopiti, delle province nei

⁶³ L'espressione "clausola di flessibilizzazione" è ripresa da T. Groppi, *La Corte Suprema del Canada come "giudice dei diritti"*, cit. p. 67.

⁶⁴ La Sezione 33 contiene la c.d. *notwithstanding clause*: si tratta di una clausola che riconosce al Parlamento nazionale ed ai legislatori provinciali la facoltà di derogare ad alcune previsioni in materia di diritti fondamentali della *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. In particolare, tale disposizione consente ai legislatori, nazionali e provinciali, di adottare interventi legislativi in contrasto con quanto previsto dalla Sezione 2 e dalle Sezioni 7-15 della Carta dei Diritti e delle Libertà per un periodo di tempo non superiore a cinque anni. La reale portata di questa previsione è molto discussa in dottrina: ad esempio, vi è chi ne sostiene la completa irrilevanza, dal momento che solo in rarissime occasioni ed esclusivamente la provincia del Québec si è avvalsa di tale prerogativa; altri, invece, ritengono che non sia possibile formulare un giudizio, in merito alla reale portata della Sezione 33, in virtù del fatto che la *Canadian Charter of Rights and Freedoms* e, di conseguenza anche la previsione in questione, è in vigore solamente dal 1982, un periodo di tempo troppo limitato che non consente di formulare accurate valutazioni; altri ancora attribuiscono molto valore al fatto che sia stata espressamente inserita nel documento costituzionale medesimo la possibilità di derogare ad alcune previsioni della Carta dei Diritti e delle Libertà. In quest'ultima prospettiva, il riconoscimento di tale facoltà contribuisce ad attenuare, almeno sul piano formale, gli effetti del principio di rigidità costituzionale, in quanto consente di equilibrare l'introduzione del sindacato di costituzionalità delle leggi con il principio di supremazia del Parlamento (e dei legislatori provinciali).

⁶⁵ G. Rolla, *L'ordinamento costituzionale del Canada: un laboratorio in continua evoluzione*, cit., pp. 16-18.

confronti di una Carta dei Diritti che, in assenza della Sezione I e della Sezione 33, avrebbe, almeno in teoria, ridotto a dismisura la loro sfera di competenza⁶⁶.

In secondo luogo, la Sezione I costituisce una clausola d'interferenza generale⁶⁷, vale a dire una clausola che consente, in via generale ed al ricorrere di determinati presupposti, la possibilità di limitare i diritti e le libertà previsti dalla *Canadian Charter of Rights and Freedoms*⁶⁸. Si definisce "generale", dal momento che tale clausola trova applicazione con riferimento a tutti i diritti ivi sanciti e, dunque, anche nei confronti di quelle previsioni che già contengono al loro interno una clausola d'interferenza specifica⁶⁹. La rilevanza della Sezione 1, in quanto clausola di interferenza generale, si apprezza, nell'ottica del presente lavoro, in quanto tale previsione costituisce il fondamento normativo che legittima l'elaborazione del test di proporzionalità da parte della Corte Suprema.

La Sezione 1 presenta un'ulteriore caratteristica che non può essere trascurata. Si tenga presente, infatti, che l'esistenza nell'ordinamento costituzionale canadese di una clausola d'interferenza generale riflette l'influenza esercitata da documenti aventi carattere internazionale⁷⁰. Si pensi, a tal proposito, alla Convenzione Europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali ed alla Convenzione

⁶⁶ A. Pitino, *Il federalismo canadese e i "limiti ragionevoli" in una free and democratic society*, cit., pp. 143-144.

⁶⁷ L'espressione in lingua inglese è *general limitation clause*, cui si contrappone la *specific limitation clause*. All'interno del presente lavoro, le due formule richiamate sono tradotte rispettivamente con le seguenti locuzioni: "clausola d'interferenza generale" e "clausola d'interferenza specifica".

⁶⁸ Si tenga presente che l'introduzione della Sezione 1 venne criticata da una parte della dottrina; la preoccupazione era quella di sminuire sensibilmente il significato e la reale operatività della Carta dei Diritti e delle Libertà. Si veda, a tal proposito, P. W. Hogg, R. Penner, *The Contribution of Chief Justice Dickson to an Interpretive Framework and Value System for Section 1 of the Charter of Rights*, in *29 Manitoba Law Journal*, 1991, 428, p. 431.

⁶⁹ P. W. Hogg, *Constitutional Law of Canada*, cit., pp. 155-159.

⁷⁰ P. W. Hogg, R. Penner, *The Contribution of Chief Justice Dickson to an Interpretive Framework and Value System for Section 1 of the Charter of Rights*, cit., pp. 428-429. Si veda, altresì, E. P. Mendes, *Section 1 of the Charter after 30 Years: The Soul or the Dagger at its Heart?*, in *61 Supreme Court Law Review*, 2013, 293, p. 293.

Internazionale sui Diritti civili e politici⁷¹. Infatti, l'esame della formula e dei termini impiegati nella Sezione 1, rivela notevoli similitudini tra tale previsione e, ad esempio, le espressioni impiegate negli Articoli 8⁷², 9⁷³, 10⁷⁴ ed 11⁷⁵ della Convenzione Europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, che contengono clausole d'interferenza specifiche. Tali similitudini hanno a loro volta contribuito ad accrescere la tendenza della Corte Suprema a prendere in considerazione le decisioni della Corte di Strasburgo⁷⁶, dal momento che entrambe le Corti sono state chiamate ad interpretare previsioni, limitative di diritti fondamentali, con connotati simili. L'influenza della giurisprudenza della Corte Europea dei diritti dell'uomo si apprezza, in primo luogo, esaminando il

⁷¹ B. Hovius, *The Limitation Clauses of The European Convention on Human Rights: A Guide for the Application of Section 1 of the Charter*, cit., p. 214. Si veda, altresì, B. Hovius, *The Limitations Clauses of the European Convention on Human Rights and Freedoms and Section 1 of the Canadian Charter of Rights and Freedoms: A Comparative Analysis*, in *6 Yearbook of European Law*, 1987, 105.

⁷² L'articolo 8, comma 2, inerente il diritto al rispetto della vita privata e familiare, prevede che *“Non può esservi ingerenza di una autorità pubblica nell'esercizio di tale diritto a meno che tale ingerenza sia prevista dalla legge e costituisca una misura che, in una società democratica, è necessaria alla sicurezza nazionale, alla pubblica sicurezza, al benessere economico del paese, alla difesa dell'ordine e alla prevenzione dei reati, alla protezione della salute o della morale, o alla protezione dei diritti e delle libertà altrui”*.

⁷³ L'articolo 9, comma 2, in materia di libertà di pensiero, di coscienza e di religione, stabilisce che *“La libertà di manifestare la propria religione o il proprio credo non può essere oggetto di restrizioni diverse da quelle che sono stabilite dalla legge e che costituiscono misure necessarie, in una società democratica, alla pubblica sicurezza, alla protezione dell'ordine, della salute o della morale pubblica, o alla protezione dei diritti e della libertà altrui”*.

⁷⁴ L'articolo 10, comma 2, prevede che l'esercizio della libertà di espressione *“può essere sottoposto alle formalità, condizioni, restrizioni o sanzioni che sono previste dalla legge e che costituiscono misure necessarie, in una società democratica, alla sicurezza nazionale, all'integrità territoriale o alla pubblica sicurezza, alla difesa dell'ordine e alla prevenzione dei reati, alla protezione della salute o della morale, alla protezione della reputazione o dei diritti altrui, per impedire la divulgazione di informazioni riservate o per garantire l'autorità e l'imparzialità del potere giudiziario”*.

⁷⁵ L'articolo 11, comma 2, in materia di libertà di riunione e di associazione, sancisce che *“L'esercizio di questi diritti non può essere oggetto di restrizioni diverse da quelle che sono stabilite dalla legge e che costituiscono misure necessarie, in una società democratica, alla sicurezza nazionale, alla pubblica sicurezza, alla difesa dell'ordine e alla prevenzione dei reati, alla protezione della salute o della morale e alla protezione dei diritti e delle libertà altrui. Il presente articolo non osta a che restrizioni legittime siano imposte all'esercizio di tali diritti da parte dei membri delle forze armate, della polizia o dell'amministrazione dello Stato”*.

⁷⁶ Si veda *supra* Par. IV.3.

significato che la Corte Suprema del Canada ha attribuito alla locuzione “*prescribed by law*” contenuta nella Sezione 1 della Carta.

V.1. *Prescribed by law*

La Sezione 1 della *Canadian Charter of Rights and Freedoms* prevede, in ossequio al principio di legalità, che una limitazione debba essere autorizzata dalla legge⁷⁷. Qualora una misura restrittiva non sia prescritta da un atto legislativo, non può, in ogni caso, essere giustificata in base alla Sezione 1; in tale ultima ipotesi, infatti, non rileverebbe il fatto che la misura sia ragionevolmente giustificabile in una società libera e democratica⁷⁸.

La condizione posta dall’espressione “*prescribed by law*” riflette due valori imprescindibili del costituzionalismo moderno: da un lato, tutti gli atti che ledono un diritto fondamentale devono essere autorizzati dalla legge, così da evitare comportamenti discriminatori da parte dei pubblici ufficiali e garantire, di conseguenza, un uguale trattamento a tutti i cittadini. Dall’altro lato, gli individui devono poter conoscere, senza eccessivi sforzi, la legge limitativa di un diritto, così da poter conformare i loro comportamenti a quanto in essa statuito⁷⁹.

Al riguardo, la Corte Suprema ha individuato due requisiti che soddisfano i valori sopra enunciati: la legge deve essere adeguatamente accessibile da parte degli individui e deve essere formulata in maniera sufficientemente precisa. Tanto il principio dell’accessibilità, quanto il requisito della precisione dei limiti sono stati mutuati dalla giurisprudenza della Corte Europea dei diritti dell’uomo⁸⁰. Si

⁷⁷ L. E. Weinrib, *The Supreme Court of Canada and Section One of the Charter*, in 10 *Supreme Court Law Review*, 1986, 469, pp. 472-478.

⁷⁸ Ad esempio, nel caso *Little Sisters Book & Art Emporium v. Canada*, 2 S.C.R. 1120, (2000), la Corte Suprema ha affermato che “*violative conduct by government officials that is not authorized by statute is not “prescribed by law” and cannot therefore be justified under s. 1*” (p. 1196).

⁷⁹ E. P. Mendes, *Section 1 of the Charter after 30 Years: The Soul or the Dagger at its Heart?*, cit., pp. 303-305. Si veda, altresì, P. W. Hogg, *Constitutional Law of Canada*, cit., pp. 121-122.

⁸⁰ P. Rishworth P., *Reasonable Limits on Fundamental Freedoms - A Study of Section 1 of the Canadian Charter of Rights and Freedoms*, in 5 *Auckland University Law Review*, 1986, 340, p. 348.

richiama, a tal proposito, la decisione *Sunday Times v. United Kingdom*⁸¹, ove la Corte di Strasburgo ritenne che una regola di *common law* non integrava il requisito “*prescribed by law*”, previsto, in materia di libertà di espressione, dall’articolo 10 della Convenzione Europea dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali. In particolare, la Corte di Strasburgo affermò che una regola di *common law* non era agevolmente accessibile per gli individui e, al tempo stesso, non era formulata con un sufficiente grado di precisione⁸². Successivamente, la Corte Suprema del Canada ha sviluppato il concetto di “*prescribed by law*” nella proprie pronunce⁸³. Così, ad esempio, in relazione all’adeguata accessibilità, ha affermato che tale condizione è soddisfatta qualora i limiti siano previsti, oltre che in una legge, in un regolamento o in una regola di *common law*⁸⁴. Con riferimento alla precisione delle limitazioni, la Corte Suprema ha rilevato che può essere idoneo, non solo un limite espressamente previsto, ma anche una misura restrittiva che risulti “*by necessity from the terms of a statute or regulation or from its operating requirements*”⁸⁵. Inoltre, sempre in tema di precisione delle misure restrittive, i limiti non debbono risultare eccessivamente vaghi e generici⁸⁶.

La condizione “*prescribed by law*” viene in rilievo anche per un altro profilo. Il riferimento è al grado di discrezionalità attribuito a soggetti incaricati di dare attuazione alle norme limitative dei diritti fondamentali. La Corte Suprema ha mostrato, a tal proposito, un atteggiamento in parte ambiguo. Dapprima, infatti, ha affermato che l’esercizio delle facoltà discrezionali deve, in ogni caso, essere

⁸¹ *Sunday Times v. United Kingdom*, 2 E.H.R.R. 245, (1979).

⁸² *Sunday Times v. United Kingdom*, cit., pp. 270-273.

⁸³ Si veda, ad esempio, il caso *Greater Vancouver Transportation Authority v. Can. Fed’n of Students*, in 2 S.C.R. 295, (2009). In tale occasione, il giudice Deschamps, nell’esprimere l’opinione della Corte, ha rilevato quanto segue: “*In my view, the transit authorities’ advertising policies are both accessible and precise. They are made available to members of the general public who wish to advertise on the transit authorities’ buses, and they clearly outline the types of advertisements that will or will not be accepted. Thus, the limits on expression are accessible and are worded precisely enough to enable potential advertisers to understand what is prohibited. The limits resulting from the policies are therefore legislative in nature and are “limits prescribed by law” within the meaning of section 1 of the Charter*” (p. 331).

⁸⁴ *R. v. Therens*, 1 S.C.R. 613, (1985), p. 645.

⁸⁵ *R. v. Therens*, cit., p. 645.

⁸⁶ P. W. Hogg, *Constitutional Law of Canada*, cit., pp. 125-127.

indirizzato attraverso criteri, desumibili con elevato grado di certezza da un atto legislativo⁸⁷; successivamente, invece, la portata di tale requisito è stata in parte attenuata. Infatti, a partire dalla decisione *Irwin Toy v. Quebec*⁸⁸, la Corte Suprema ha rilevato che la discrezionalità deve essere soggetta a criteri comprensibili (*intelligible standard*) e che, di conseguenza, la condizione “*prescribed by law*” non è soddisfatta solamente nel caso in cui “*the legislature has given a plenary discretion to do whatever seems best in a wide set of circumstances*”⁸⁹. Il requisito dell’*intelligible standard* - più volte ripreso dalla Corte Suprema, anche attraverso l’impiego di formulazioni analoghe⁹⁰ - costituisce un parametro non particolarmente stringente e, in quanto tale, facile da soddisfare per il legislatore. Così, ad esempio, nel caso *R. v. Butler*⁹¹, il giudice Sopinka ha osservato che - anche in presenza di previsioni vaghe e generiche, tali da conferire, almeno in teoria, un’eccessiva discrezionalità agli individui - è comunque possibile individuare, mediante l’interpretazione giudiziale, un criterio sufficientemente chiaro e intellegibile, in grado di guidare l’attuazione delle previsioni legislative⁹².

⁸⁷ Si veda, al riguardo, la decisione presa dalla Corte d’Appello dell’Ontario, *Re Ontario Film and Video Appreciation Society*, 45 O.R. 80 (C.A.), (1984), con la quale è stata dichiarata l’incostituzionalità di una disposizione che conferiva ad un autorità amministrativa il potere di censurare pellicole cinematografiche, ledendo, in tal modo, la libertà di espressione garantita dalla Sezione 2(b) della Carta. In particolare, la disposizione in questione attribuiva una discrezionalità, quasi illimitata, all’agenzia amministrativa, senza stabilire i criteri ai quali si sarebbe dovuta attenere nel svolgere le proprie valutazioni.

⁸⁸ *Irwin Toy v. Quebec*, 1 S.C.R. 927, (1989).

⁸⁹ *Irwin Toy v. Quebec*, cit., p. 983.

⁹⁰ Si veda, ad esempio, la pronuncia *Osborne v. Canada*, 2 S.C.R. 69, (1991), ove il giudice Sopinka ha osservato che una legge conferisce un eccessivo grado di discrezionalità qualora sia “*so obscure as to be incapable of interpretation within any degree of precision using the ordinary tools*” (p. 94). Inoltre, sempre con riferimento all’applicazione del criterio dell’*intelligible standard*, si vedano le seguenti decisioni: *R. v. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, 2 S.C.R. 606, (1992), pp. 608-609 e pp. 640-643; *R. v. Orbanski*; *R. v. Elias*, 2 S.C.R. 3, (2005), pp. 25-29; *Great Vancouver Transportation Authority v. Canadian Federation of Students - British Columbia Component*, cit., pp. 326-329; *Canada Broadcasting Corporation v. Canada*, 1 S.C.R. 19, (2011), pp. 48-49.

⁹¹ *R. v. Butler*, 1 S.C.R. 452, (1992).

⁹² *R. v. Butler*, cit., pp. 490-491.

In sostanza, con riferimento alla prima condizione posta dalla Sezione 1 della Carta, è possibile svolgere le seguenti riflessioni conclusive. Se è vero che la Corte Suprema ha arricchito di significati la locuzione “*prescribed by law*”, individuando specifici requisiti, affinché una previsione possa considerarsi “*law*” e come tale soddisfare il requisito posto dalla Sezione 1; tuttavia, ha assunto un atteggiamento particolarmente deferente nei confronti delle scelte compiute dal legislatore, così che sono assai rari i casi in cui una limitazione di un diritto fondamentale è stata dichiarata incostituzionale, in quanto non prescritta dalla legge⁹³.

VI. La proporzionalità in Canada: il test di *Oakes*

La Sezione 1 pone un’ulteriore condizione affinché una misura restrittiva possa considerarsi legittima; la disposizione, infatti, prevede che i diritti fondamentali possono essere sottoposti soltanto a “*reasonable limits ... as can be demonstrably justified in a free and democratic society*”. Tale formulazione, particolarmente ampia e generica, richiedeva la predisposizione di uno schema interpretativo, che potesse orientare i giudici nel sindacare la legittimità costituzionale di disposizioni legislative in materia di diritti e di libertà. Della necessità di elaborare un test, la dottrina prevalente negli anni immediatamente successivi all’introduzione della Carta dei Diritti e delle Libertà era perfettamente consapevole⁹⁴. Analogamente conscia di tale esigenza era la Corte Suprema, la quale, a distanza di due anni dall’emanazione della prima sentenza in cui ha impiegato le disposizioni della Carta come parametro di costituzionalità⁹⁵, ha elaborato un vero e proprio test da seguire nell’interpretare le previsioni

⁹³ Per una critica nei confronti dell’atteggiamento tenuto dalla Corte, si veda E. P. Mendes, *Section 1 of the Charter after 30 Years: The Soul or the Dagger at its Heart?*, cit. L’autore osserva quanto segue: “*subsequent Supreme Court interpretations of the prescribed by law standard has watered-down this component of the rule of law*” (p. 304).

⁹⁴ P. Rishworth P., *Reasonable Limits on Fundamental Freedoms - A Study of Section 1 of the Canadian Charter of Rights and Freedoms*, cit., p. 358.

⁹⁵ *Law Society of Upper Canada v. Skapinker*, 1 S.C.R. 357, (1984).

medesime. Il riferimento è al test di proporzionalità delineato dal Chief Justice Dickson nel caso *R. v. Oakes*⁹⁶.

Prima di analizzare il contenuto di tale decisione e lo schema argomentativo seguito, si rende necessaria un'osservazione di carattere introduttivo. Si tenga presente che la versione canadese del test di proporzionalità risente, in particolar modo, dell'influenza esercitata da altre Corti di vertice sulla Corte Suprema del Canada⁹⁷. Innanzitutto, il Chief Justice Dickson fu influenzato sia dalla (scarsa)⁹⁸ giurisprudenza statunitense in tema di proporzionalità, sia dalla ben più copiosa giurisprudenza europea⁹⁹. Egli, peraltro, non si limitò ad imitare un'esperienza piuttosto che un'altra; al contrario, la giurisprudenza straniera in merito alla proporzionalità, rappresentò un valido punto di partenza da cui prendere spunto nel delineare una propria ed autonoma versione del test di proporzionalità¹⁰⁰. In particolare, lo schema adottato nel caso *R. v. Oakes* ricalca, nella struttura quadripartita, il modello, accolto dal presente lavoro, di origine tedesca¹⁰¹; per quanto concerne, invece, il contenuto ed il significato attribuito a ciascuna singola fase, lo standard argomentativo delineato dal giudice Dickson presenta notevoli punti di contatto con la formulazione del test di proporzionalità impiegata dalla Corte Europea dei diritti dell'uomo¹⁰².

Peraltro, se da un lato è indubbia l'influenza esercitata da altre Corti costituzionali e sovranazionali; dall'altro lato ed in modo sorprendente, nel testo della decisione non viene espressamente menzionata la giurisprudenza straniera in merito alla proporzionalità. L'intento del giudice Dickson, infatti, era quello di presentare il test di proporzionalità come un "*reasonable and sensible approach to the*

⁹⁶ *R. v. Oakes*, cit.

⁹⁷ Tale affermazione deve essere letta avendo presente quanto osservato *supra* Par. IV.3.

⁹⁸ Si rinvia al Capitolo IV, Parr. VI.2. e VI.3.

⁹⁹ R. J. Sharpe, K. Roach, *Brian Dickson - A Judge's Journey*, Toronto, University of Toronto Press, 2003, p. 334.

¹⁰⁰ T. Hickman, *Proportionality: Comparative Law Lessons*, in 12 *Judicial Review*, 2007, 31, pp. 35-36.

¹⁰¹ D. Grimm, *Proportionality in Canadian and German Constitutional Jurisprudence*, in 57 *University of Toronto Law Journal*, 2007, 383, p. 384.

¹⁰² A. Barak, *Proportionality. Constitutional Rights and Their Limitations*, cit., pp. 189-190.

particular problem posed by Charter rights”¹⁰³. In sostanza, la proporzionalità, in quanto tecnica interpretativa, viene introdotta nell’ordinamento costituzionale canadese sotto l’influenza, solamente implicita, della giurisprudenza delle Corti straniere, sia costituzionali, sia sovranazionali; da un punto di vista formale, infatti, il test di proporzionalità viene presentato come un prodotto genuinamente canadese, in grado di descrivere in termini analitici il percorso da seguire nell’interpretare la Sezione 1 della Carta.

Nel caso *R. v. Oakes*, si discute della legittimità costituzionale della sezione 8 del *Narcotic Control Act*¹⁰⁴, una legge del Parlamento federale, secondo la quale chiunque fosse stato trovato in possesso di droga, a prescindere dalla quantità, sarebbe stato accusato di traffico di sostanze stupefacenti. Tale previsione legislativa introduceva una presunzione di colpevolezza nei confronti del soggetto accusato, il quale, dal canto suo, aveva l’onere di dimostrare che il possesso della droga non era finalizzato ad attività illecite, ma era indirizzato a scopi legittimi, quale, ad esempio, il consumo personale. La disposizione, in sostanza, invertiva l’onere della prova, ponendosi, di conseguenza, in contrasto con la Sezione 11(d) della Carta dei Diritti e delle Libertà, che prevede la presunzione di innocenza dell’accusato.

Al fine di risolvere il conflitto creatosi e, dunque, al fine di valutare se la limitazione inflitta alla Sezione 11(d) potesse considerarsi un limite ragionevole ed oggettivamente giustificabile in una società libera e democratica, il Chief

¹⁰³ A. Stone Sweet, J. Mathews, *Proportionality Balancing and Global Constitutionalism*, in 47 *Columbia Journal of Transnational Law*, 2008-2009, 72, p. 117.

¹⁰⁴ La sezione 8 del *Narcotic Control Act* stabiliva quanto segue: “... *if the court finds that the accused was in possession of the narcotic contrary to section 3, he shall be given an opportunity of establishing that he was not in possession of the narcotic for the purpose of trafficking, and thereafter the prosecutor shall be given an opportunity of adducing evidence to establish that the accused was in possession of the narcotic for the purpose of trafficking; if the accused establishes that he was not in possession of the narcotic for the purpose of trafficking, he shall be acquitted of the offence as charged but he shall be convicted of an offence under section 3 and sentenced accordingly; and if the accused fails to establish that he was not in possession of the narcotic for the purpose of trafficking, he shall be convicted of the offence as charged and sentenced accordingly*”.

Justice Dickson elaborò uno schema argomentativo, in grado di agevolare la Corte Suprema nel prendere la decisione.

L'assoluta rilevanza che il modello proposto assumerà, nel giro di pochi anni, sia in Canada, sia in altre esperienze costituzionali¹⁰⁵, impone di riportare per esteso le parole del giudice Dickson: *“To establish that a limit is reasonable and demonstrably justified in a free and democratic society, two central criteria must be satisfied. First, the objective, which the measures responsible for a limit on a Charter right or freedoms are designed to serve, must be “of sufficient importance to warrant overriding a constitutionally protected right or freedom” ... The standard must be high in order to ensure that objectives which are trivial or discordant with the principles integral to a free and democratic society do not gain s. 1 protection. It is necessary, at a minimum, that an objective relate to concerns which are pressing and substantial in a free and democratic society before it can be characterized as sufficiently important. Second, once a sufficiently significant objective is recognized, then the party invoking s. 1 must show that the means chosen are reasonable and demonstrably justified. This involves “a form of proportionality test”. ... Although the nature of the proportionality test will vary depending on the circumstances, in each case courts will be required to balance the interests of society with those of individuals and groups. There are, in my view, three important components of a proportionality test. First, the measures adopted must be carefully designed to achieve the objective in question. They must not be arbitrary, unfair or based on irrational considerations. In short, they must be rationally connected to the objective. Second, the means, even if rationally connected to the objective in this first sense, should impair “as little as possible” the right or freedom in question. ... Third, there must be a proportionality between the effects of the measures which are*

¹⁰⁵ Si veda, a tal proposito, R. J. Sharpe, K. Roach, *Brian Dickson - A Judge's Journey*, cit., ove gli autori descrivono lo schema argomentativo proposto dal Chief Justice come *“five of the most important pages ever written in Canadian constitutional law”* (p. 334). Si veda, altresì, S. Choudhry, *So What is the Real Legacy of Oakes? Two Decades of Proportionality Analysis under the Canadian Charter's Section 1*, in *34 Supreme Court Law Review*, 2006, 501; l'autore sottolinea l'ampia diffusione che il modello proposto in *R. v. Oakes* ha conosciuto nel corso degli anni (p. 502).

*responsible for limiting the Charter right or freedom, and the objective which has been identified as of “sufficient importance”*¹⁰⁶.

Come risulta dal testo riportato, il modello proposto scompone in quattro fasi le valutazioni che devono essere di volta in volta effettuate per poter giustificare una misura restrittiva, ai sensi della Sezione 1 della Carta dei Diritti e delle Libertà. In primo luogo, la disposizione legislativa deve perseguire un obiettivo di sufficiente importanza, non essendo, invece, ammissibili restrizioni aventi come giustificazione il conseguimento di finalità non primarie. In secondo luogo, deve sussistere una connessione razionale tra i mezzi predisposti dal legislatore e l’obiettivo che si intende perseguire. Il terzo passaggio prende il nome di *minimal impairment* e richiede al giudice di verificare che la disposizione legislativa, della cui costituzionalità si discute, limiti nella misura minore possibile i diritti con essa contrastanti. L’ultima fase, cd *proportionality in the strict sense*, consiste, infine, in una valutazione in merito agli effetti, in concreto, della disposizione impugnata.

Nel caso *R. v. Oakes*, l’impiego di tale modello argomentativo, condusse alla dichiarazione di incostituzionalità della sezione 8 del *Narcotic Control Act*. La Corte Suprema - seguendo lo schema sopra delineato - dapprima ha ritenuto particolarmente importante la finalità che la disposizione impugnata intendeva perseguire, ovvero proteggere la società civile dai rischi connessi con il traffico di sostanze stupefacenti¹⁰⁷. Tuttavia, la legge, nella parte in cui prevedeva una presunzione di colpevolezza nei confronti di chiunque fosse stato scoperto in possesso di droga, non poteva considerarsi razionalmente connessa con l’obiettivo perseguito. Infatti, era del tutto irrazionale prevedere che anche il possesso di un’esigua quantità di stupefacenti fosse, in ogni caso, finalizzato allo spaccio ed al traffico di tali sostanze¹⁰⁸. La disposizione, pertanto, non riusciva a superare la seconda fase del modello elaborato dal giudice Dickson.

¹⁰⁶ *R. v. Oakes*, cit., pp. 138-139.

¹⁰⁷ *R. v. Oakes*, cit., pp. 141.

¹⁰⁸ *R. v. Oakes*, cit., pp. 142.

La rilevanza dello schema interpretativo sopra ricostruito, non è, tuttavia, circoscritta al caso *R. v. Oakes*. Tale modello, che incarna la versione canadese del test di proporzionalità, rappresenta uno standard argomentativo applicabile con riferimento a tutti i diritti garantiti dalla Carta dei Diritti e delle Libertà¹⁰⁹. Ciò si pone in linea con quanto osservato in precedenza¹¹⁰: così come la Sezione 1 costituisce una clausola d'interferenza generale, il cui campo di applicazione è esteso a tutti i diritti previsti dalla Carta; analogamente ampio è il settore di operatività di uno standard argomentativo il cui fondamento è la Sezione 1 medesima. La Corte Suprema, dal canto suo, ha contribuito ad incrementare il successo e la diffusione di siffatto standard argomentativo: da un lato, essa ha impiegato il test di proporzionalità tutte le volte in cui è stata chiamata a pronunciarsi in controversie aventi ad oggetto i diritti e le libertà fondamentali¹¹¹; dall'altro lato, essa non è rimasta totalmente fedele alla versione elaborata dal giudice Dickson, avendo apportato, nel corso degli anni, sostanziali modifiche al modello originario. Quest'ultime, coinvolgono sia le fasi del test singolarmente considerate, sia il funzionamento complessivo del modello.

L'analisi della tecnica argomentativa della proporzionalità in Canada deve, dunque, svolgersi secondo un percorso che tenga in adeguata considerazione i cambiamenti nel frattempo intervenuti. Così, in primo luogo, saranno esaminate le singole fasi della versione canadese del test di proporzionalità, mettendo in risalto

¹⁰⁹ P. G. Murray, *Section One of the Canadian Charter of Rights and Freedoms: An Examination at Two Levels of Interpretation*, in 21 *Ottawa Law Review*, 1989, No. 3, 631, p. 635.

¹¹⁰ Si veda *supra* Par. V.

¹¹¹ Così, ad esempio, a pochi mesi di distanza dalla decisione *R. v. Oakes*, il Chief Justice Dickson, nel caso *Reference Re Public Service Employee Relations Act*, 1 S.C.R. 313, (1987), individua nel test di proporzionalità lo standard argomentativo da seguire per interpretare la Sezione 1. In particolare, egli si esprime in questi termini: “*The constituent element of any s. 1 inquiry are as follows. First, the legislative objective, in pursuit of which the measures in question are implemented, must be sufficiently significant to warrant overriding a constitutionally guaranteed right: it must be related to “concerns which are pressing and substantial in a free and democratic society”. Second, the means chosen to advance such an objective must be reasonable and demonstrably justified in a free and democratic society. This requirement of proportionality of means to ends normally has three aspects: a) there must be a rational connection between the measures and the objective they are to serve; b) the measures should impair as little as possible the right or freedom in question; and, c) the deleterious effects of the measures must be justifiable in light of the objective which they are to serve*” (pp. 373-374).

sia i connotati originari di ciascuna, sia gli sviluppi cui essa è andata incontro. Sempre in prospettiva diacronica, sarà analizzato il tema dell'onere della prova. In un secondo momento, la trattazione sarà rivolta al modello, in generale, con un duplice obiettivo: mettere in risalto le differenze rispetto alla versione delineata in *R. v. Oakes* e, al tempo stesso, analizzarne l'andamento complessivo - almeno fino al primo decennio del ventunesimo secolo - anche con riferimento ad altre esperienze costituzionali.

VI.1. *Sufficient important objective*

La prima fase del test di proporzionalità concerne la natura della finalità che si intende perseguire mediante la disposizione legislativa impugnata; in particolare, la misura restrittiva deve conseguire un obiettivo particolarmente importante, tale da giustificare la limitazione di un diritto fondamentale. La Corte Suprema nel caso *R. v. Oakes* ha individuato tre criteri che, almeno in teoria, avrebbero potuto, nei casi successivi, orientare i giudici nell'effettuare tale verifica. In primo luogo, l'obiettivo deve essere connotato ai valori propri di una società libera e democratica¹¹². A tal proposito, la Corte Suprema ha fornito, senza alcuna pretesa di esaustività, un elenco di valori che possono identificarsi con quelli propri di una società libera e democratica¹¹³. Essi ricomprendono: “*il rispetto della dignità umana, la promozione della giustizia e dell'uguaglianza sociale, l'accettazione delle differenti convinzioni, il rispetto di ogni cultura e di ogni gruppo e la fiducia nelle istituzioni sociali e politiche che favoriscono la partecipazione dei singoli e dei gruppi alla società*”¹¹⁴. In secondo luogo, la finalità perseguita, per potersi ritenere di sufficiente importanza, deve corrispondere a questioni urgenti e

¹¹² *R. v. Oakes*, cit., p. 139.

¹¹³ *R. v. Oakes*, cit., p. 136.

¹¹⁴ T. Groppi, *Canada*, cit., p. 112. Per un approfondimento sui valori fondanti una società libera e democratica, si veda altresì: S. Rodriguez, *La Corte Suprema del Canada e l'art. 1 della Carta dei Diritti. Una "free and democratic society" in continua evoluzione*, cit., pp. 254-256; G. Rolla, *I caratteri di una società libera e democratica secondo la giurisprudenza della Corte suprema del Canada*, cit., pp. 19 ss.; AA.VV., *Canada. La Corte Dickson prima e dopo l'adozione della Carta dei diritti e delle libertà. Analisi del concetto di "società libera e democratica"*, in 3 *Quaderni Costituzionali*, 1995, 467, pp. 467-508.

sostanziali¹¹⁵. Infine, l'oggetto deve essere volto al conseguimento di una obbiettivo comune di fondamentale importanza¹¹⁶.

Come si evince dalla ricostruzione svolta, almeno sul piano testuale, il primo passaggio della versione canadese del test di proporzionalità differisce sia dal modello astratto, individuato nel capitolo introduttivo¹¹⁷, sia dal modello adottato in altre esperienze costituzionali¹¹⁸. Al riguardo, si pensi allo standard argomentativo impiegato dalla Corte Costituzionale tedesca. In tali ipotesi, la prima fase del test di proporzionalità, la cd. legittimità, si risolve in una verifica finalizzata a controllare che il legislatore abbia agito per uno scopo legittimo, non in contrasto con i principi ed i valori costituzionali. Dall'altro lato, invece, la Corte Suprema del Canada, nel porre l'accento sulla rilevanza dell'obbiettivo perseguito, ha voluto introdurre - almeno in teoria - già al primo livello un controllo più stringente e penetrante delle scelte compiute in sede legislativa.

La precisazione "almeno in teoria" diventa assolutamente pertinente a seguito dell'esame della giurisprudenza. Infatti, mentre la formulazione impiegata sembra implicare un test rigoroso, in pratica la Corte ha mostrato, salvo rare eccezioni, un atteggiamento deferente nei confronti delle motivazioni addotte dal legislatore, per giustificare la rilevanza dell'obbiettivo perseguito¹¹⁹. Risultano, così, sporadiche le decisioni in cui la Corte Suprema ha dichiarato l'incostituzionalità di una disposizione legislativa adducendo, come motivazione, la non particolare importanza dell'obbiettivo prefissato.

¹¹⁵ *R. v. Oakes*, cit., pp. 138-139.

¹¹⁶ *R. v. Oakes*, cit., p. 136.

¹¹⁷ Si veda il Par. VII.1. del capitolo iniziale.

¹¹⁸ D. Bilchitz, *Socio-Economic Rights, Economic Crisis, and Legal Doctrine*, in 14 *International Journal of Constitutional Law*, 2014, 710, p. 735. Si veda, altresì, D. Grimm, *Proportionality in Canadian and German Constitutional Jurisprudence*, cit., p. 388.

¹¹⁹ G. Telese, *Le limitazioni al godimento dei diritti fondamentali secondo i principi generali elaborati dalla Corte Suprema del Canada*, cit., pp. 101-102; T. Hickman, *Proportionality: Comparative Law Lessons*, cit., pp. 37-38; R. J. Sharpe, *La Carta canadese dei diritti e delle libertà*, cit., pp. 370-371.

Solamente in tre occasioni, la Corte Suprema sembra aver abbandonato l'atteggiamento di *self-restraint* nel valutare la natura dello scopo perseguito. Innanzitutto, nel caso *R. v. Big M Drug Mart*¹²⁰, il giudice Dickson, nel rilasciare l'opinione della Corte, ha dichiarato incostituzionale una legge del Parlamento federale, il *Lord's Day Act*, che proibiva lo svolgimento di attività lavorative e commerciali di domenica. Secondo la Corte Suprema, tale disposizione si prefissava la finalità di imporre a tutti gli individui il rispetto del giorno di riposo proprio della religione cristiana¹²¹; di conseguenza, la norma si poneva in contrasto con la Sezione 2(a) della Carta dei Diritti e delle Libertà, che tutela la libertà religiosa. In sostanza, lo scopo, con essa perseguito, non poteva considerarsi sufficientemente rilevante e non consentiva di tollerare la limitazione della libertà religiosa¹²². La norma impugnata non riuscì, in virtù di tale considerazione, a superare il primo livello del test di proporzionalità e fu dichiarata incostituzionale. Inoltre, sempre nell'ottica di un controllo più rigoroso delle scelte effettuate dal legislatore, si vedano le affermazioni contenute nelle seguenti pronunce: *R. v. Zundel*¹²³ e *Vriend v. Alberta*¹²⁴.

Al di fuori di tali sporadiche decisioni, il controllo svolto dalla Corte Suprema in questa prima fase è stato generalmente poco incisivo. L'atteggiamento deferente

¹²⁰ *R. v. Big M Drug Mart*, cit.

¹²¹ *R. v. Big M Drug Mart*, cit., p. 351.

¹²² La Corte Suprema, inoltre, espressamente rigettò la tesi di parte appellante secondo cui l'obbiettivo era di natura laica, in quanto consisteva nella volontà di uniformare il giorno di riposo lavorativo. Si veda *R. v. Big M Drug Mart*, cit., pp. 351-353.

¹²³ *R. v. Zundel*, 2 S.C.R. 731, (1992). Nel caso in questione, si discuteva della legittimità costituzionale della sezione 181 del Codice Penale, la quale vietava la pubblicazione volontaria e consapevole di false notizie ed informazioni che avrebbero potuto causare ingiurie o danni all'interesse pubblico. La disposizione venne dichiarata incostituzionale, in quanto in contrasto con la Sezione 2(b) della Carta dei Diritti e delle Libertà. Nel rilasciare l'opinione di maggioranza, il giudice McLachlin osservò che "*the false news provision cannot be associated with any existing social problem or legislative objective, much less one of pressing concern*" (pp. 776-777).

¹²⁴ *Vriend v. Alberta*, 1 S.C.R. 493, (1998). Tale pronuncia riguardava la legittimità di una previsione legislativa della Provincia di Alberta, in materia di uguaglianza e discriminazione, che non garantiva contro le discriminazioni fondate sull'orientamento sessuale. In tale occasione, i giudici Cory e Iacobucci, per la maggioranza, affermarono che la prima fase del test di proporzionalità è soddisfatta se la parte pubblica individua l'obbiettivo che intende perseguire mediante una misura restrittiva e non si limita ad introdurre le ragioni che l'hanno portata a limitare un diritto fondamentale. Si veda, a tal proposito, *Vriend v. Alberta*, cit., pp. 556-557.

si riscontra con riferimento ad un'ulteriore ipotesi in cui, almeno in teoria, la Corte Suprema avrebbe potuto ritenere inammissibile l'obiettivo perseguito dal legislatore. Il riferimento è alla dottrina del “*shifting purpose*” (o “*shifting objective*”)¹²⁵, elaborata nel caso *R. v. Big M Drug Mart*¹²⁶. In tale circostanza, la Corte Suprema ha osservato che - per superare il primo livello di controllo - un obiettivo non può costituire una giustificazione ammissibile, se il perseguimento di quella medesima finalità non ha rappresentato la ragione che ha portato all'introduzione della disposizione legislativa impugnata. In altre parole, deve sussistere una corrispondenza tra lo scopo che ha indotto il legislatore ad emanare una determinata legge e l'obiettivo che si adduce come giustificazione, per legittimare la limitazione di un diritto fondamentale.

Tuttavia, tale dottrina non ha incontrato particolare favore da parte dei giudici della Corte Suprema. A tal proposito, si prenda in considerazione la decisione *R. v. Butler*¹²⁷, nella quale il giudice Sopinka tratteggiò l'obiettivo perseguito dalla misura restrittiva, in maniera particolarmente ampia e generica, in grado di variare e di ricomprendere al proprio interno molteplici ed ulteriori finalità, proprio al fine di evitare di incorrere nel divieto posto dalla dottrina del “*shifting objective*”¹²⁸. L'impostazione intrapresa con tale sentenza diventerà, salvo rarissime eccezioni¹²⁹, prevalente nella giurisprudenza della Corte Suprema, con il risultato che nemmeno la dottrina del “*shifting objective*” può essere considerata uno strumento efficace, per censurare la natura delle finalità sottese ad una previsione legislativa.

¹²⁵ C. M. Dassios, C. P. Prophet, *Charter Section 1: The Decline of Grand Unified Theory and the Trend Towards Deference in the Supreme Court of Canada*, in 15 *Advocates' Quarterly*, 1993, 289, pp. 292-294. Si veda, altresì, P. W. Hogg, *Constitutional Law of Canada*, cit., pp. 136-137.

¹²⁶ *R. v. Big M Drug Mart*, cit., pp. 335-336.

¹²⁷ *R. v. Butler*, cit.

¹²⁸ *R. v. Butler*, cit., pp. 491-499. In particolare, il giudice Sopinka riconobbe espressamente che “*a permissible shift in emphasis was built into the legislation when, as interpreted by the courts*” (p. 496).

¹²⁹ Si veda, ad esempio, *Andrews v. Law Society of British Columbia*, 1 S.C.R. 143, (1989).

In sostanza, l'esame delle pronunce, successive alla decisione *R. v. Oakes*, denota la tendenziale volontà da parte della Corte Suprema di accettare le scelte compiute dal legislatore, senza, peraltro, svolgere un'accurata analisi in merito alla rilevanza delle finalità perseguite. Pertanto, la prima fase del test di proporzionalità viene quasi sempre superata positivamente e non rappresenta una verifica particolarmente efficace e penetrante¹³⁰.

VI.2. Rational connection

Il secondo passaggio dello schema argomentativo elaborato in *R. v. Oakes* contempla una prima valutazione in merito al rapporto mezzi/fini. In particolare, è necessario che sussista una connessione razionale, né arbitraria, né incoerente, né, tanto meno, fondata su considerazioni irrazionali, tra l'obbiettivo che la legge vuole raggiungere e la disposizione censurata¹³¹. Inoltre, la connessione razionale, nell'ampia formulazione elaborata nel caso *R. v. Oakes*, è finalizzata a censurare quelle disposizioni restrittive che appaiano sovradimensionate (*overinclusive*) o sottodimensionate (*underinclusive*), rispetto alle esigenze che le giustificano¹³².

La versione della connessione razionale proposta in *R. v. Oakes*, sembra comportare un controllo particolarmente stringente della relazione mezzi-fini¹³³. Infatti, nel caso di specie, la sezione 8 del *Narcotic Control Act* venne dichiarata incostituzionale, dal momento che non intercorreva una connessione razionale tra il possesso di sostanze stupefacenti e la presunzione che tale possesso avvenisse per finalità di spaccio. In particolare, non era possibile individuare alcun legame di tipo logico tra il possesso di una quantità minima di sostanze stupefacenti e la conclusione che, anche in tali ipotesi, esso fosse finalizzato al traffico illegale di

¹³⁰ Per un critica, suscitata dalla scarsa rilevanza della prima fase del test di proporzionalità, si veda N. Siebrasse, *The Oakes Test: An Old Ghost Impeding Bold New Initiatives*, in 23 *Ottawa Law Review*, 1991, 99, pp. 103-113.

¹³¹ *R. v. Oakes*, cit., p. 139.

¹³² Il Chief Justice Dickson, nel caso *R. v. Oakes*, cit., afferma che una disposizione legislativa deve essere "*carefully designed to achieve the objective in question*" (p. 139).

¹³³ C. Mathen, *Rational Connections: Oakes, Section 1 and the Charter's Legal Rights*, in 43 *Ottawa Law Review*, 2012, 491, p. 494.

tali sostanze. Di conseguenza, la disposizione del *Narcotic Control Act* risultava sovradimensionata, in quanto non prevedeva un'eccezione per il caso in cui la droga posseduta fosse stata particolarmente esigua¹³⁴.

Tuttavia, oltre alla decisione sopra analizzata, solamente in altri sporadici casi la Corte Suprema ha dichiarato l'incostituzionalità di una previsione legislativa, ritenendo sufficiente il solo fatto che la disposizione non integrava la condizione posta dalla connessione razionale¹³⁵. Il riferimento è alle decisioni *Benner v. Canada*¹³⁶ e *Greater Vancouver Transportation Authority v. Can. Fed'n of Students*¹³⁷. Ad esempio, nel primo caso la Corte Suprema ha dichiarato incostituzionale una disposizione, il *Citizenship Act*, che prevedeva una procedura più complessa, per ottenere la cittadinanza (canadese), per coloro che fossero nati fuori dal territorio del Canada, prima del 1977, da madre canadese, rispetto a coloro che, nelle medesime condizioni, fossero nati da padre canadese. In particolare, il giudice Iacobucci ha rilevato che la previsione impugnata non poteva considerarsi razionalmente connessa con l'obiettivo prefissato (ovvero evitare di rilasciare la cittadinanza canadese a persone potenzialmente pericolose), dal momento che non vi era ragione di ritenere che le persone nate da madre canadese fossero, in linea di principio, socialmente più pericolose di quelle nate da padre canadese¹³⁸.

Al netto delle eccezioni richiamate, il requisito posto dalla connessione razionale è stato sempre soddisfatto. Si tenga presente che la Corte Suprema ha progressivamente attenuato il rigore che tale passaggio del test di proporzionalità presentava nella versione originaria. Ciò è avvenuto per un duplice ordine di

¹³⁴ *R. v. Oakes*, cit., pp. 141-142.

¹³⁵ In dottrina, sono stati effettuati studi, di tipo analitico, per capire l'importanza della seconda fase del test di proporzionalità. Il dato comune, che emerge, è la scarsa rilevanza della connessione razionale nel decidere le questioni di costituzionalità delle leggi. Si veda, a tal proposito: M. Rothstein, *Section 1: Justifying Breaches of Charter Rights and Freedoms*, in 27 *Manitoba Law Journal*, 1999-2000, 171, p. 177; B. Billingsley, *Oakes at 100: A Snapshot of the Oakes Test in Social Policy v. Criminal Policy Cases*, in 35 *Supreme Court Law Review*, 2006, 347, p. 357.

¹³⁶ *Benner v. Canada*, 1 S.C.R. 358, (1997).

¹³⁷ *Greater Vancouver Transportation Authority v. Can. Fed'n of Students*, cit., p. 333.

¹³⁸ *Benner v. Canada*, cit., pp. 406-407.

ragioni, tra di loro connesse. In primo luogo, la formulazione proposta in *R. v. Oakes* si scontrava con la complessità delle questioni affrontate; difficoltà resa ancora più evidente nei casi in cui il legislatore è costretto ad operare in condizioni di “*imperfect information*”¹³⁹. In secondo luogo, e come conseguenza di quanto appena affermato, molto spesso era oggettivamente arduo, se non impossibile, fornire prove certe ed inequivocabili in merito alla sussistenza della connessione razionale¹⁴⁰.

Dal canto suo, la Corte Suprema, consapevole delle difficoltà che la versione originaria delle connessione razionale presentava, ha progressivamente interpretato tale parametro in maniera più elastica. Così, ad esempio, il requisito della connessione razionale, talvolta, è stato ricavato dalla circostanza che era “*reasonable to presume*”¹⁴¹ o “*reasonable to anticipate*”¹⁴² la sussistenza di un nesso causale tra l’obbiettivo prefissato e la disposizione legislativa, oggetto di controllo di costituzionalità¹⁴³.

In tale ottica, la decisione che ha rappresentato un punto di svolta è senz’altro la pronuncia *RJR-MacDonald v. Canada*¹⁴⁴. In questo caso, si discuteva della legittimità costituzionale di una legge, il *Tobacco Products Control Act*, che proibiva sia qualsiasi forma di pubblicità di prodotti derivanti dal tabacco, sia la loro vendita, senza aver indicato sulla confezione i rischi per la salute umana. L’obbiettivo della disposizione impugnata era, appunto, quello di ridurre il consumo di tabacco. La Corte Suprema, con una decisione presa con la maggioranza di cinque giudici contro quattro, dichiarò l’incostituzionalità del *Tobacco Control Act*, in quanto la disposizione non riusciva a superare la terza fase del test di proporzionalità (cd. *minimal impairment*). Tuttavia, tutti e nove i

¹³⁹ S. Choudhry, *So What is the Real Legacy of Oakes? Two Decades of Proportionality Analysis under the Canadian Charter’s Section 1*, cit., p. 504.

¹⁴⁰ P. W. Hogg, *Constitutional Law of Canada*, cit., pp. 144-145.

¹⁴¹ *R. v. Butler*, cit., p. 503.

¹⁴² *Ross v. New Brunswick School District*, 1 S.C.R. 825, (1996), p. 881.

¹⁴³ Sul tema, si vedano, altresì, le seguenti pronunce: *Edmonton Journal v. Alberta*, 2 S.C.R. 1326, (1989); *Rocket v. Royal College of Dental Surgeons of Ontario*, 2 S.C.R. 232, (1990).

¹⁴⁴ *RJR-MacDonald v. Canada*, 3 S.C.R. 199, (1995).

giudici, che componevano la Corte Suprema, ritennero che il divieto di pubblicità fosse razionalmente connesso con la finalità di disincentivare il consumo di tabacco. In particolare, il giudice La Forest, nell'opinione dissenziente, osservò che “*the power of the common-sense connection between advertising and consumption is sufficient to satisfy the rational connection requirement*”¹⁴⁵; in senso analogo, il giudice McLachlin, che si espresse per la maggioranza della Corte, affermò che era “*reasonable or logical to conclude that there is a casual link between tobacco advertising and tobacco use*”¹⁴⁶. L'idea, che si sviluppa a partire da tale pronuncia, è che il requisito della connessione razionale non deve essere inteso in senso stretto; al contrario, per provare la sussistenza di un nesso causale tra una legge e la finalità con essa conseguita è possibile fare affidamento su ciò che risulta ragionevole, logico o, comunque, comune nell'esperienza reale.

Questo approccio - salvo rare eccezioni¹⁴⁷ - è stato costantemente seguito dalla Corte Suprema¹⁴⁸. Anche la dottrina, dal canto suo, si è adeguata a questo nuovo trend giurisprudenziale ed ha coniato, in maniera del tutto pertinente, l'espressione “*minimal rationality*”¹⁴⁹; ciò proprio al fine di rimarcare la diversa portata che la condizione della connessione razionale presenta nella giurisprudenza attuale, rispetto alla versione originaria elaborata in *R. v. Oakes*.

In sostanza, con riferimento al requisito della connessione razionale, è possibile svolgere le seguenti riflessioni conclusive. La formulazione, particolarmente

¹⁴⁵ *RJR-MacDonald v. Canada*, cit., p. 294.

¹⁴⁶ *RJR-MacDonald v. Canada*, cit., p. 341.

¹⁴⁷ Un approccio più stringente, per quanto concerne la connessione razionale, sembra ravvisarsi nei seguenti casi: *Miron v. Trudel*, 2 S.C.R. 418, (1995); *Egan v. Canada*, 2 S.C.R. 513, (1995); *M. v. H.*, 2 S.C.R. 3, (1999); *Delisle v. Canada*, 2 S.C.R. 989, (1999); *Dunmore v. Ontario*, 3 S.C.R. 1016, (2001); *Sauvé v. Canada (Chief Electoral Officer)*, 3 S.C.R. 519, (2002).

¹⁴⁸ Si veda, a titolo esemplificativo, la decisione *Alberta v. Hutterian Brethren of Wilson Colony*, 2 S.C.R. 567, (2009), nella quale si afferma quanto segue: “*The government must show that it is reasonable to suppose that the limit may further the goal, not that it will do so*” (p. 594). Cfr. anche: *Health Services and Support v. British of Columbia*, 2 S.C.R. 391, (2007), p. 465; *Canada v. JTI-Macdonald Corp.*, 2 S.C.R. 610, (2007), p. 631; *Mounted Police Association of Ontario v. Canada*, 1 S.C.R. 3, (2015), p. 75.

¹⁴⁹ R. Elliot, *Developments in Constitutional Law: The 1989-90 Term*, in 2 *Supreme Court Law Review*, 1991, 83, p. 142.

incisiva, proposta in *R. v. Oakes* fu ben presto abbandonata dalla Corte Suprema; e ciò avvenne anche con riferimento a casi in cui si trattava di verificare la costituzionalità di leggi che prevedevano un'inversione dell'onere della prova¹⁵⁰. Al contrario, la Corte Suprema ha optato per un'interpretazione flessibile e meno penetrante, che relega la connessione razionale in una posizione marginale all'interno del test di proporzionalità¹⁵¹; la Corte, infatti, si è mostrata - come nella verifica in merito alla rilevanza dell'obbiettivo - particolarmente deferente nei confronti delle motivazioni addotte dal legislatore. La scarsa rilevanza che assume oggi la fase della connessione razionale, trova un'ulteriore conferma: talvolta, infatti, la Corte Suprema ha preferito sottoporre la disposizione impugnata al livello successivo del test di proporzionalità - costituito dal *minimal impairment* - anche qualora tale norma non fosse razionalmente connessa con l'obbiettivo perseguito (e, in quanto tale, potesse essere dichiarata incostituzionale già a questo livello)¹⁵².

VI.3. *Minimal impairment*

La terza componente dello schema argomentativo elaborato dal Chief Justice Dickson è rappresentata dal cd. *minimal impairment*. Tale verifica rappresenta, nell'esperienza costituzionale canadese, il passaggio più importante del test di proporzionalità¹⁵³, dal momento che, nella maggior parte dei casi in cui una legge è stata dichiarata incostituzionale, essa non ha superato il controllo in merito al *minimal impairment*¹⁵⁴.

¹⁵⁰ Si veda, a tal proposito: *R. v. Chaulk*, 3 S.C.R. 1303, (1990); *R. v. Downey*, 2 S.C.R. 10, (1992); *R. v. Laba*, 3 S.C.R. 965, (1994).

¹⁵¹ C. Mathen, *Rational Connections: Oakes, Section 1 and the Charter's Legal Rights*, cit., p. 498.

¹⁵² Si prenda in considerazione la decisione *Mounted Police Association of Ontario v. Canada*, cit., pp. 75-79.

¹⁵³ P. W. Hogg, *Section 1 Revisited*, in 1 *National Journal of Constitutional Law*, 1993, 1, p. 23. Si veda, altresì, D. Beatty, *The Canadian Charter of Rights: Lessons and Laments*, in 60 *The Modern Law Review*, 1997, No. 4, 481, p. 485.

¹⁵⁴ Si veda L. E. Trakman, W. Cole-Hamilton, S. Gatién, *R. v. Oakes 1986-1997: Back to the Drawing Board*, in 36 *Osgoode Law Journal*, 1998, No. 1, 83. Gli autori hanno svolto uno studio analitico, avendo come periodo di riferimento gli anni ricompresi tra il 1986 ed il 1997. In tale lasso temporale, nel 49% dei casi, le disposizioni sono state dichiarate incostituzionali, in quanto non riuscivano a superare la verifica in merito al *minimal impairment* (pp. 100-102). Al riguardo,

In questa fase argomentativa, il giudice deve valutare se il legislatore, per raggiungere un determinato obiettivo, potesse impiegare misure, diverse da quella individuata, tali da limitare in maniera inferiore i diritti fondamentali coinvolti¹⁵⁵. Laddove, infatti, sia possibile ravvisare strumenti meno invasivi dei diritti e delle libertà fondamentali, la disposizione impugnata non riesce a superare tale livello di controllo.

La formulazione impiegata nel caso *R. v. Oakes* è molto simile alla fase della cd. necessità di cui si compone il modello generale del test di proporzionalità accolto nel capitolo iniziale del presente lavoro; le differenze sembrano riscontrarsi solamente sul piano testuale¹⁵⁶. Inoltre, il requisito del *minimal impairment* presenta alcune analogie con la dottrina del *least restrictive means* di origine statunitense¹⁵⁷: entrambe le dottrine sono finalizzate a verificare che il legislatore abbia fatto ricorso allo strumento che limita nella misura minore possibile i diritti fondamentali implicati in un caso concreto. Tuttavia, residua una differenza nelle valutazioni svolte. La Corte Suprema del Canada, infatti, non si è limitata a verificare se, a livello astratto, esistessero misure più rispettose dei diritti fondamentali coinvolti; essa ha, costantemente, sottolineato che le eventuali misure, precedentemente individuate, devono perseguire, in maniera altrettanto efficace, l'obiettivo prefissato dal legislatore¹⁵⁸.

La fase del *minimal impairment*, nella versione originaria, si risolveva in un controllo particolarmente rigido e difficile da superare; infatti, l'analisi letterale del testo della sentenza *R. v. Oakes*, sembra indicare che il legislatore doveva fornire la prova, estremamente gravosa, che in nessun modo era possibile impiegare strumenti meno restrittivi. Dall'altro lato, per un giudice chiamato a

ed a titolo meramente esemplificativo, si vedano le seguenti decisioni: *R. v. Vaillancourt*, 2 S.C.R. 636, (1987); *Ford v. Quebec*, 2 S.C.R. 712, (1988); *Devine v. Quebec*, 2 S.C.R. 790, (1988); *Edmonton Journal v. Alberta*, 2 S.C.R. 1326, (1989); *Black v. Law Society of Alberta*, 1 S.C.R. 591, (1989).

¹⁵⁵ *R. v. Oakes*, cit., p. 139.

¹⁵⁶ Si veda il Par. VII.3. del capitolo iniziale.

¹⁵⁷ Si veda il Par. IV.2. del capitolo IV.

¹⁵⁸ Si veda, ad esempio, il caso *Quebec (Attorney General) v. A.*, 1 S.C.R. 61, (2013), pp. 265-266.

valutare le scelte compiute dal legislatore, non sarebbe stato particolarmente difficile individuare soluzioni meno invasive dei diritti fondamentali; l'immaginazione umana, infatti, avrebbe sempre e comunque consentito di rintracciare valide alternative, rispetto alla soluzione scelta dal legislatore. In tal modo, il *minimal impairment* sarebbe diventato un controllo diabolico, rimesso alla discrezionalità ed alle capacità del giudice.

La Corte Suprema, consapevole di tali inconvenienti, è ritornata, a distanza di pochi mesi dalla sentenza *R. v. Oakes*, sull'argomento, per fornire un'interpretazione più flessibile del requisito posto dal *minimal impairment*. Prima di procedere oltre, peraltro, si rende necessaria una precisazione: l'interpretazione più elastica della condizione del *minimal impairment* porterà la Corte Suprema ad un atteggiamento, in parte deferente, nei confronti delle scelte effettuate dal legislatore; tuttavia, il livello di deferenza non sarà paragonabile a quello rilevato in precedenza, con riferimento alle prime due componenti del test di proporzionalità¹⁵⁹. Di conseguenza, anche in presenza di un atteggiamento più flessibile, il requisito del *minimal impairment* rimane una componente centrale del test di proporzionalità: molto spesso, le previsioni legislative impugnate non riescono ancora a oggi a superare questo livello di controllo.

La decisione, con la quale la Corte Suprema ha inaugurato il nuovo trend giurisprudenziale, è rappresentata dalla sentenza *R. v. Edwards Books and Art*¹⁶⁰. In tale occasione, la Corte Suprema dichiarò costituzionalmente legittima una legge della provincia dell'Ontario, il *Retail Business Holidays Act*, che imponeva la domenica come giorno di chiusura di tutte le attività di vendita al dettaglio. In particolare, dopo aver ritenuto sufficientemente importante l'obiettivo di garantire un giorno comune di riposo ed aver individuato i requisiti posti dalla connessione razionale, la Corte Suprema procedette oltre, per verificare se esistessero misure meno invasive della libertà di religione (che veniva necessariamente sacrificata dalla disposizione impugnata). A tal proposito, il

¹⁵⁹ Si richiamano le considerazioni svolte *supra* ai Parr. VI.1. e VI.2.

¹⁶⁰ *R. v. Edwards Books and Art*, 2 S.C.R. 713, (1986).

giudice Dickson, nel fornire l'opinione della Corte, osservò che la legge provinciale presentava un'eccezione all'obbligo di chiusura della domenica, per quei rivenditori che, per motivi religiosi, individuavano nel sabato il giorno di riposo settimanale¹⁶¹. La previsione, nel testo della legge, di tale eccezione consentì al giudice Dickson di ritenere soddisfatto anche il terzo passaggio del test di proporzionalità. Infatti, tale componente, nell'accezione considerata, impone di verificare se “*there is some reasonable alternative scheme which would allow the province to achieve its objective with fewer detrimental effects on religious freedom*”¹⁶². Di conseguenza, non si tratta di verificare se la misura individuata sia, in assoluto, quella meno invasiva della libertà religiosa; ma, al contrario, di valutare se la scelta effettuata dal legislatore possa considerarsi ragionevole, avendo come parametro un ventaglio di soluzioni ugualmente ragionevoli. Nel caso di specie, il tentativo compiuto dal legislatore provinciale di inserire un'eccezione, al fine di limitare in misura inferiore la libertà religiosa, venne ritenuto uno sforzo apprezzabile e ragionevole, a prescindere dall'esistenza, in astratto, di strumenti meno invasivi¹⁶³.

Questa nuova impostazione è stata successivamente ripresa e sviluppata ulteriormente dalla Corte Suprema¹⁶⁴. La *ratio* si rinviene nella necessità di garantire un margine di apprezzamento al potere legislativo, vale a dire una zona nella quale il legislatore gode di un certo grado di discrezionalità nell'effettuare le scelte che ritiene più idonee a condizione, comunque, che quest'ultime siano

¹⁶¹ In particolare, la norma prevedeva che avevano diritto di beneficiare dell'eccezione solamente quelle attività che impiegavano un numero massimo di sette dipendenti ed avevano una superficie di lavoro non superiore ai cinquemila piedi quadrati.

¹⁶² *R. v. Edwards Books and Art*, cit., pp. 772-773.

¹⁶³ *R. v. Edwards Books and Art*, cit., ove si legge che “*the exemption in s. 3(4) of the Act under review in these appeals represents a satisfactory effort on the part of the legislature of Ontario to that end and is, accordingly, permissible*” (p. 782).

¹⁶⁴ Si vedano, in tal senso, le seguenti pronunce: *United States v. Cotroni*, cit., pp. 1489-1490; *R. v. Chaulk*, cit., p. 1341; *R. v. Swain*, 1 S.C.R. 933, (1991), p. 983; *RJR-MacDonald v. Canada*, cit., p. 337; *Harvey v. New Brunswick*, 2 S.C.R. 876, (1996), pp. 905-906; *R. v. Sharpe*, 1 S.C.R. 45, (2001), p. 102; *Newfoundland v. Nape*, 3 S.C.R. 381, (2004), pp. 420-421; *R. v. Bryan*, 1 S.C.R. 527, (2007), pp. 551-552; *Quebec (Attorney General) v. A.*, cit., pp. 264-265.

ragionevoli¹⁶⁵. In virtù di questo approccio più flessibile, da un lato, i giudici saranno chiamati a verificare che non siano rintracciabili soluzioni, ugualmente efficaci e palesemente meno invasive dei diritti fondamentali coinvolti. Dall'altro lato, nel valutare se le alternative eventualmente individuate siano più ragionevoli, sarà attribuita particolare rilevanza ai tentativi compiuti dal legislatore, per arginare o minimizzare le restrizioni dei diritti fondamentali coinvolti.

In sostanza, una legge non sarà generalmente dichiarata incostituzionale, solamente perché è possibile immaginare una soluzione meno invasiva: infatti, “*the government is not required to pursue the least drastic means of achieving its objective, but it must adopt a measure that falls within a range of reasonable alternatives*”¹⁶⁶. La Corte Suprema, dunque, accogliendo il concetto di ragionevole soluzione, ha, in parte, attenuato il rigore della versione originaria del *minimal impairment*, mostrando, di conseguenza una relativa *deference* nei confronti delle considerazioni svolte dal legislatore¹⁶⁷.

Preso atto che la Corte Suprema ha in parte attenuato la portata del requisito del *minimal impairment*, diventa fondamentale, a questo punto della trattazione, individuare eventuali criteri che la Corte Suprema ha adottato per un'interpretazione più o meno flessibile di tale componente del test di proporzionalità. Come è stato osservato in precedenza, infatti, l'atteggiamento deferente non ha portato alla tendenziale irrilevanza della verifica condotta mediante il *minimal impairment*. In altre parole, esistono aree del diritto o, comunque, circostanze che impongono di condurre una verifica più stringente del test del danno minore; ed altre ipotesi, in cui è preferibile lasciare più margini alla discrezionalità del legislatore.

¹⁶⁵ A tal proposito, il Chief Justice Dickson, nel caso *R. v. Edwards Books and Art*, cit., ha affermato quanto segue: “*The courts are not called upon to substitute judicial opinions for legislative ones as to the place at which to draw a precise line*” (p. 782).

¹⁶⁶ *Mounted Police Association of Ontario v. Canada*, cit., p. 77.

¹⁶⁷ C. M. Dassios, C. P. Prophet, *Charter Section 1: The Decline of Grand Unified Theory and the Trend Towards Deference in the Supreme Court of Canada*, cit., p. 304.

VI.3.1. Criteri per l'esercizio del *self-restraint*

La Corte Suprema ha individuato alcuni elementi che, con riferimento al controllo del *minimal impairment*, possono orientare il giudizio nel senso di una maggiore o minore *deference*¹⁶⁸.

Un primo tentativo di individuare alcune linee guida è stato compiuto nel caso *Irwin Toy v. Quebec*¹⁶⁹. La controversia riguardava la costituzionalità di una legge provinciale del Québec, che vietava i messaggi pubblicitari rivolti ai ragazzi di età inferiore ai tredici anni. La Corte Suprema, chiamata a verificare se fosse rispettata la condizione del *minimal impairment*, ha affermato che sebbene la normativa limitasse la libertà di espressione, garantita dalla Sezione 2(b) della Carta dei Diritti e delle Libertà, doveva essere, comunque, giustificata ai sensi della Sezione 1, in quanto rivolta ad una categoria di consumatori particolarmente sensibile alla pubblicità. Nel pervenire a tale decisione, il giudice Dickson affermò che la Corte Suprema deve fare affidamento sulle giustificazioni adottate dal legislatore, nel caso in cui sia chiamata a bilanciare confliggenti interessi della comunità; viceversa, la Corte Suprema deve svolgere una valutazione più incisiva, nel caso in cui il legislatore agisca come diretto antagonista del soggetto, il cui diritto è stato infranto dalla disposizione impugnata¹⁷⁰. Per quanto concerne la prima ipotesi, si pensi alla situazione in cui vengono in rilievo gli interessi di gruppi sociali minoritari o vulnerabili¹⁷¹; con riferimento al secondo caso,

¹⁶⁸ E. P. Mendes, *In Search of a Theory of Social Justice: The Supreme Court Reconceives the Oakes Test*, in 24 *La Revue Juridique Thémis*, 1990, 1, pp. 27-29; P. G. Murray, *Section One of the Canadian Charter of Rights and Freedoms: An Examination at Two Levels of Interpretation*, cit., pp. 664-676; A. Lokan, *The Rise and Fall of Doctrine under Section 1 of the Charter*, cit., pp. 180-184; R. J. Sharpe, *La Carta canadese dei diritti e delle libertà*, cit., pp. 371-374; M. Rothstein, *Section 1: Justifying Breaches of Charter Rights and Freedoms*, cit., pp. 178-179; S. Choudhry, *So What is the Real Legacy of Oakes? Two Decades of Proportionality Analysis under the Canadian Charter's Section 1*, cit., pp. 511-515.

¹⁶⁹ *Irwin Toy v. Quebec*, 1 S.C.R. 927, (1989).

¹⁷⁰ *Irwin Toy v. Quebec*, cit., pp. 993-994.

¹⁷¹ Si vedano, ad esempio, le seguenti decisioni: *R. v. Edwards Books and Art*, cit., nella quale vengono in rilievo i diritti delle minoranze religiose; *R. v. Keegstra*, 3 S.C.R. 697, (1990), in materia di discriminazioni fondate sulla razza ed, in particolare, di incitamento all'odio razziale; *R.*

vengono in rilievo la legislazione in materia penale¹⁷² e quella inerente i diritti in materia di accesso alla giustizia e di svolgimento delle attività processuali¹⁷³.

In secondo luogo, la Corte Suprema ha tenuto un atteggiamento di maggiore *restraint* in materie particolarmente complesse¹⁷⁴, dal momento che il legislatore si trova in una posizione migliore rispetto ai giudici, visti i più ampi strumenti a disposizione, per effettuare una scelta corretta. Si pensi, ad esempio, alla legislazione di carattere economico e sociale¹⁷⁵, che presenta un elevato tasso di tecnicità e comporta complesse ripercussioni sul bilancio dello Stato.

In terzo luogo, viene in rilievo la distinzione tra nucleo centrale e zona periferica di un determinato diritto¹⁷⁶. Ad esempio, in materia di libertà di espressione, la Corte Suprema ha affermato che sono ricompresi nell'ambito di operatività della Sezione 2(b) della Carta dei Diritti e delle Libertà, anche le manifestazioni aventi carattere commerciale¹⁷⁷, diffamatorio¹⁷⁸ e di incitamento all'odio¹⁷⁹. Tuttavia, tali espressioni rientrano nella zona periferica di protezione della libertà di espressione e, in quanto tali, non necessitano di un sindacato di costituzionalità particolarmente rigoroso; in altre parole, la Corte Suprema si è mostrata

v. *Butler*, cit., in merito alla tutela delle donne; *R. v. Sharpe*, cit., in materia di pornografia minorile.

¹⁷² Si pensi, ad esempio, alle decisioni *R. v. Oakes*, cit. e *R. v. Morgentaler*, cit., nonché al caso *R. v. Tse*, 1 S.C.R. 531, (2012).

¹⁷³ Si veda, ad esempio, il caso *R. v. Seaboyer*, 2 S.C.R. 577, (1991).

¹⁷⁴ *Alberta v. Hutterian Brethren of Wilson Colony*, cit., ove il Chief Justice Dickson ha affermato quanto segue: “*the courts accord the legislature a measure of deference, particularly on complex social issues where the legislature may be better positioned than the courts to choose among a range of alternatives*” (p. 596).

¹⁷⁵ Si vedano le seguenti pronunce: *Re Pub. Serv. Employee Relations Act*, 1 S.C.R. 313, (1987), inerente il diritto di sciopero; *McKinney v. University of Guelph*, 3 S.C.R. 229, (1990), in materia di pensionamento obbligatorio; *R. v. Advance Cutting & Coring Ltd.*, 3 S.C.R. 209, (2001), in materia di requisiti per l'assunzione di lavoratori nel settore dell'edilizia.

¹⁷⁶ Si ricordi quanto rilevato *supra* Par. IV.1., in merito all'interpretazione generosa delle disposizioni della Carta dei Diritti e delle Libertà.

¹⁷⁷ Si vedano, ad esempio, le seguenti decisioni: *Irwin Toy v. Quebec*, cit.; *Rocket v. Royal College of Dental Surgeons of Ontario*, cit.

¹⁷⁸ Si vedano, a titolo esemplificativo, le seguenti pronunce: *Canada (Human Rights Commission) v. Taylor*, 3 S.C.R. 892, (1990); *Ross v. New Brunswick School District*, cit.

¹⁷⁹ Si vedano, al riguardo, le seguenti sentenze: *Hill v. Church of Scientology*, 2 S.C.R. 1130, (1995); *R. v. Lucas*, 1 S.C.R. 439, (1998).

tendenzialmente deferente nel valutare una loro interferenza tramite l'utilizzo del test di proporzionalità. Dall'altro lato, ad esempio, le manifestazioni aventi contenuto politico della libertà di espressione¹⁸⁰ appartengono al nucleo centrale di tale libertà; di conseguenza, con riferimento a tale categoria di diritti, la Corte Suprema ha applicato lo schema argomentativo della proporzionalità in maniera generalmente più incisiva.

Ovviamente, i criteri sopra delineati non possono considerarsi validi in assoluto; essi rappresentano solamente dei parametri che hanno influenzato la Corte Suprema nel condurre, in maniera più o meno rigorosa, la verifica in merito al *minimal impairment*.

VI.4. Proportionality in the strict sense

L'ultima fase del test di proporzionalità, elaborato dalla Corte Suprema, è rappresentata dalla verifica in merito alla *proportionality in the strict sense*, secondo cui gli effetti di una misura restrittiva di un diritto fondamentale devono essere proporzionati agli obiettivi, previamente ritenuti sufficientemente importanti¹⁸¹. Pertanto, tale livello di controllo non si concentra sul rapporto mezzi/finalità; piuttosto, intende valutare, in concreto, gli effetti della

¹⁸⁰ Si vedano, ad esempio, le seguenti decisioni: *Thomson Newspapers v. Canada*, cit.; *Harper v. Canada*, 1 S.C.R. 827, (2004).

¹⁸¹ Si veda, a tal proposito, il *leading case*, *R. v. Oakes*, cit. Il Chief Justice Dickson, con riferimento alla quarta fase del test di proporzionalità, utilizzò le seguenti parole: "... it is clear that the general effect of any measure impugned under s. 1 will be the infringement of a right or freedom guaranteed by the Charter, that is the reason why resort to s. 1 is necessary. The inquiry into effects, must, however, go further. A wide range of rights and freedoms are guaranteed by the Charter, and an almost infinite number of factual situations may arise in respect to these. Some limits on rights and freedoms protected by the Charter, will be more serious than others in terms of the nature of the right or freedom violated, the extent of the violation, and the degree to which the measures which impose the limit trench upon the integral principles of a free and democratic society. Even if an objective is of sufficient importance, and the first two elements of the proportionality test are satisfied, it is still possible that, because of the severity of the deleterious effects of a measure on individuals or groups, the measure will not be justified by the purposes it is intended to serve. The more severe the deleterious effects of a measure, the more important the objective must be if the measure is to be reasonable and demonstrably justified in a free and democratic society" (pp. 139-140).

disposizione impugnata, soppesando e bilanciando i benefici ed i sacrifici che essa comporta. Solamente, dunque, con tale passaggio del test di proporzionalità è possibile valutare l'impatto che la disposizione impugnata ha nel caso specifico¹⁸².

L'analisi giurisprudenziale rivela che la Corte Suprema ha elaborato più espressioni, per esprimere il requisito della *proportionality in the strict sense*. In primo luogo, nel caso *Dagenais v. Canadian Broadcasting Corp.*¹⁸³, il giudice Lamer ha affermato che tale passaggio è finalizzato a valutare la proporzionalità tra “*the deleterious and the salutary effects of the measure*”¹⁸⁴. In secondo luogo, nella decisione *Thomson Newspapers v. Canada*¹⁸⁵, la Corte Suprema ha osservato che gli effetti, in termini di sacrifici dei diritti fondamentali, devono essere misurati “*by the values underlying the Charter*”¹⁸⁶. Infine, con la sentenza *Carter v. Canada*¹⁸⁷, la Corte Suprema ha precisato che, nel soppesare l'impatto della legge sui diritti fondamentali ed i benefici che essa comporta, si deve tenere in adeguata considerazione “*the greater public good*”¹⁸⁸.

A fronte dell'importanza che le formulazioni sopra proposte potrebbero suggerire, il quarto livello del test di proporzionalità è stato ritenuto, fino ai primi anni del ventunesimo secolo, non particolarmente rilevante¹⁸⁹. L'inutilità di tale verifica trova conferma sia in buona parte della dottrina tradizionale, sia dall'esame della

¹⁸²J. Cameron, *The Past, Present, and Future of Expressive Freedom Under the Charter*, in 35 *Osgoode Hall Law Journal*, 1997, No. 1, 1, pp. 66-67.

¹⁸³*Dagenais v. Canadian Broadcasting Corp.*, 3 S.C.R. 835, (1994).

¹⁸⁴*Dagenais v. Canadian Broadcasting Corp.*, cit., p. 889.

¹⁸⁵*Thomson Newspapers v. Canada*, cit.

¹⁸⁶*Thomson Newspapers v. Canada*, cit., p. 969.

¹⁸⁷*Carter v. Canada*, 1 S.C.R. 331, (2015).

¹⁸⁸*Carter v. Canada*, cit., p. 388.

¹⁸⁹L. E. Trakman, W. Cole-Hamilton, S. Gatién, *R. v. Oakes 1986-1997: Back to the Drawing Board*, cit., pp. 102-103; B. L. Berger, *Section 1, Constitutional Reasoning and Cultural Difference: Assessing the Impacts of Alberta v. Hutterian Brethren of Wilson Colony*, in 51 *Supreme Court Law Review*, 2010, 25, pp. 33-34.

prevalente giurisprudenza, formatasi almeno fino al 2009¹⁹⁰. Da un lato, alcuni esponenti della dottrina hanno considerato tale passaggio ridondante, in quanto esso comporterebbe le medesime valutazioni svolte nella prima fase del test di proporzionalità, in merito all'importanza dell'obbiettivo perseguito¹⁹¹. Dall'altro lato, la Corte Suprema solamente in rare ipotesi ha tenuto in debita considerazione il requisito della *proportionality in the strict sense*. In tal senso, le uniche eccezioni si rinvencono nelle pronunce di seguito riportate: *Rochet v. Royal College of Dental Surgeons*¹⁹², *New Brunswick (Minister of Health and Community Services) v. G. (J.)*¹⁹³ e *R. v. Sharpe*¹⁹⁴.

Ad esempio, nel caso *New Brunswick (Minister of Health and Community Services) v. G. (J.)*, si discuteva del diritto di una madre (appellante) di accedere al patrocinio a spese dello stato nell'ambito di una controversia inerente l'affidamento dei propri figli. In particolare, l'appellante si era visto negare il proprio diritto, in quanto ad esso si contrapponeva l'esigenza di contenere i costi, per la spesa pubblica, entro un limite ragionevole; tale atteggiamento si poneva in contrasto con la Sezione 7 della Carta dei Diritti e delle Libertà. La Corte Suprema, peraltro omettendo le verifiche in merito alla connessione razionale ed al *minimal impairment*, ritenne che gli effetti negativi della disposizione impugnata “*far outweigh the salutary effects of any potential budgetary savings*”¹⁹⁵; la disposizione, pertanto, venne dichiarata incostituzionale, per non aver soddisfatto la condizione posta dalla quarta fase del test di proporzionalità.

Al di fuori di tali sporadiche eccezioni, il requisito della *proportionality in the strict sense*, non ha rappresentato una verifica particolarmente incisiva delle scelte

¹⁹⁰ Tale anno, infatti, rappresenta un punto di svolta nell'applicazione della quarta fase del test di proporzionalità e forse impone un ripensamento dell'intero schema argomentativo. Per un approfondimento sul punto, si veda *infra* Par. VIII.

¹⁹¹ P. W. Hogg, *Constitutional Law of Canada*, cit., p. 153. In particolare, l'autore afferma che è alquanto difficile che una disposizione venga dichiarata incostituzionale, dopo aver superato le prime tre fasi del test di proporzionalità, per sproporzione tra gli effetti che essa comporta.

¹⁹² *Rocket v. Royal College of Dental Surgeons*, 2 S.C.R. 232, (1990).

¹⁹³ *New Brunswick (Minister of Health and Community Services) v. G. (J.)*, 3 S.C.R. 46, (1999).

¹⁹⁴ *R. v. Sharpe*, cit.

¹⁹⁵ *New Brunswick (Minister of Health and Community Services) v. G. (J.)*, cit., pp. 91-92.

compiute in sede legislativa. Quest'ultima affermazione necessita, tuttavia, di essere rivista alla luce di alcune pronunce, intervenute a partire dal 2009; l'analisi di tali decisioni sarà l'oggetto dei paragrafi conclusivi del presente capitolo.

VI.5. Onere della prova

Nello schema argomentativo delineato ai paragrafi precedenti, il tema dell'onere della prova viene in rilievo per un duplice profilo: da un lato, per quanto concerne la ripartizione delle attività processuali; dall'altro lato, con riferimento al grado di certezza che la prova fornita deve raggiungere.

Nella prima accezione, l'onere della prova viene ripartito nella seguente maniera. La parte che invoca la violazione di un diritto fondamentale, deve fornire tutti gli elementi per dimostrare la sussistenza di tale limitazione. A tal proposito, si pensi a quanto rilevato in precedenza, in merito all'interpretazione costituzionale¹⁹⁶; dal momento che la Corte Suprema ha interpretato in maniera ampia ed estensiva le disposizioni della Carta dei Diritti e delle Libertà, il compito cui è chiamata la parte, che allega la violazione di un diritto fondamentale, sarà particolarmente agevole da soddisfare. Una volta esaurito tale onere probatorio, spetterà all'altra parte, solitamente il governo federale o le Province, dimostrare che la limitazione del diritto fondamentale risulta giustificata in virtù della Sezione 1 della Carta¹⁹⁷. Pertanto, spetta alla parte che ha adottato la misura restrittiva di un diritto fondamentale il compito di provare la sussistenza di tutti i requisiti previsti dal test di proporzionalità, elaborato in *R. v. Oakes*¹⁹⁸. La ripartizione delle attività processuali proposta sembra, inoltre, avvalorata dal testo della Sezione 1 stessa, laddove prevede che le limitazioni debbano essere “*demonstrably justified*”. Infatti, dal tenore testuale di tale disposizione, si desume che la limitazione di un diritto fondamentale debba preventivamente essere considerata incostituzionale, a

¹⁹⁶ Si veda *supra* Par. IV.1.

¹⁹⁷ Si veda, P. W. Hogg, *Constitutional Law of Canada*, cit., pp. 117-118. Si veda, altresì, R. P. Kerans, *The Future of Section One of the Charter*, in *23 University of British Columbia Law Review*, 1988-1989, No. 3, 567, p. 570.

¹⁹⁸ *R. v. Oakes*, cit., pp. 136-137.

meno che essa sia oggettivamente giustificata dalla parte che ne ha predisposto l'adozione¹⁹⁹.

Per quanto concerne il grado di certezza della prova, nella decisione *R. v. Oakes*, si rifiuta il criterio penalistico dell' "oltre ogni ragionevole dubbio", per accogliere, invece, quello di stampo civilistico, del "più probabile che non" (*preponderance of probabilities*)²⁰⁰. A tal proposito, la Corte Suprema ha sottolineato, nella medesima pronuncia, che "*the preponderance of probabilities must be applied rigorously*"²⁰¹.

In sostanza, nell'ambito dello schema argomentativo delineato nella decisione *R. v. Oakes*, si delinea un onere, posto a carico della parte pubblica, particolarmente elevato ed arduo da soddisfare. Infatti, solamente la comprovata evidenza in merito alla sussistenza dei requisiti, previsti da ciascuna fase del test di proporzionalità, può contribuire a salvare la disposizione impugnata dalla dichiarazione di incostituzionalità²⁰².

Analogamente a quanto osservato per le quattro componenti del test di proporzionalità, la giurisprudenza successiva non ha impiegato in maniera costante lo schema sopra delineato, relativo all'onere della prova²⁰³; al contrario, essa ne ha attenuato il rigore applicativo²⁰⁴. Così, ad esempio, la Corte Suprema ha affermato che l'onere probatorio può considerarsi soddisfatto, anche in assenza di una esplicita prova positiva, facendo affidamento, alternativamente, sul senso

¹⁹⁹ D. Kenny, *Proportionality, the Burden of Proof, and Some Signs of Reconsideration*, in 52 *Irish Jurist*, 2014, 141, pp. 142. Si veda, altresì, P. Rishworth, *Reasonable Limits on Fundamental Freedoms - A Study of Section 1 of the Canadian Charter of Rights and Freedoms*, cit., p. 355.

²⁰⁰ *R. v. Oakes*, cit., p. 137.

²⁰¹ *R. v. Oakes*, cit., p. 137.

²⁰² D. Grimm, *Proportionality in Canadian and German Constitutional Jurisprudence*, cit., p. 390.

²⁰³ Come esempio di applicazione rigorosa dell'onere della prova, si pensi alla decisione *RJR-MacDonald v. Canada*, cit., nella quale il giudice McLachlin ha impiegato le seguenti parole: "*the choice of the word "demonstrably" is critical. The process is not one of mere intuition, nor is it one of deference to Parliament's choice. It is a process of demonstration*" (p. 329). Si veda, altresì, *Chaoulli v. Quebec*, 1 S.C.R. 791, (2005), p. 831.

²⁰⁴ D. Kenny, *Proportionality, the Burden of Proof, and Some Signs of Reconsideration*, cit., p. 143.

comune (*common sense*), sulla natura ovvia ed evidente del fatto da provare o, comunque, su ciò che appare ragionevole²⁰⁵.

VII. Riflessioni sul modello in generale

L'analisi delle singole componenti del test di proporzionalità, condotta nei paragrafi precedenti, consente di svolgere alcune riflessioni in merito al modello complessivamente considerato.

In primo luogo, si tenga presente che lo standard argomentativo, proposto dal Chief Justice Dickson, rappresenta uno schema interpretativo unico per valutare la ragionevolezza e la giustificabilità di tutti i limiti imposti ai diritti sanciti nella Carta dei Diritti e delle Libertà. Dunque, a partire dalla clausola di interferenza generale di cui alla Sezione 1, la Corte Suprema ha elaborato una tecnica argomentativa da utilizzare, in via generale, ogni qualvolta sia chiamata a risolvere una questione di legittimità costituzionale, ove sono implicati uno o più diritti fondamentali.

In secondo luogo, la proporzionalità ha rappresentato una tecnica argomentativa, costantemente impiegata nella giurisprudenza costituzionale²⁰⁶; infatti, in due occasioni²⁰⁷, la Corte Suprema ha esplicitamente rifiutato l'invito ad abbandonare tale standard argomentativo ed ha affermato che esso ben riflette lo spirito ed i requisiti previsti dal testo della Sezione 1, per poter tollerare la limitazione di un diritto fondamentale. Dunque, nonostante alcuni tentativi, la tecnica della proporzionalità, articolata in quattro fasi, è sempre stata un punto fermo nelle argomentazioni dei giudici della Corte Suprema. Ovviamente, ciò non vuol dire

²⁰⁵ Si vedano, ad esempio, le seguenti decisioni: *R. v. Edwards Books and Art*, cit., pp. 769-770; *R. v. Jones*, 2 S.C.R. 284, (1986), pp. 299-300; *R.W.D.S.U. v. Dolphin Delibery*, 2 S.C.R. 573, (1986), p. 590; *Irwin Toy v. Quebec*, cit., p. 994; *R. v. Butler*, cit., pp. 502-503; *R. v. Sharpe*, cit., p. 96.

²⁰⁶ V. C. Jackson, *Constitutional Law in an Age of Proportionality*, in 124 *Yale Law Journal*, 2014-2015, 3094. L'autore sottolinea che "a striking feature of the Canadian jurisprudence has been the stability of the proportionality doctrine" (p. 3120).

²⁰⁷ *RJR-MacDonald v. Canada*, cit. e *Newfoundland v. Nape*, cit.

che tale standard argomentativo sia stato utilizzato nella stessa misura con la quale venne impiegato nella sua prima apparizione. Infatti, la Corte Suprema ha progressivamente modellato la tecnica della proporzionalità; in tal senso, è possibile apprezzare i principali sviluppi, prendendo come termine di paragone sia la versione originaria elaborata in *R. v. Oakes*, sia il modello accolto nel capitolo iniziale del presente lavoro e condiviso da altre esperienze costituzionali.

VII.1. Il temperamento della rigidità interpretativa degli elementi del test di *Oakes*

In dottrina si parla di “*erosion of the Oakes test*”²⁰⁸; questa espressione necessita, tuttavia, di alcuni chiarimenti. Se, infatti, con la parola “*erosion*”, si intende la progressiva perdita di significato dello standard argomentativo delineato dal *Chief Justice Dickson*, tale formulazione non può essere accolta dal presente lavoro. Se, viceversa, l’espressione vuole indicare che la Corte Suprema ha progressivamente modificato ed arricchito di significati ciascuna componente del test di proporzionalità, allora essa risulta maggiormente condivisibile. La Corte Suprema, infatti, pur mantenendo ferma la centralità del test di proporzionalità, ha gradualmente abbandonato il rigore che ne caratterizzava la versione originaria. In altre parole, al modello inizialmente proposto, contraddistinto da un controllo particolarmente incisivo, è venuto sostituendosi uno schema interpretativo più flessibile, meno rigido, che, talvolta, ha portato la Corte Suprema a mostrarsi più deferente nei confronti delle scelte compiute in sede legislativa²⁰⁹. Ciò, però, è cosa ben diversa dal dire che il test di proporzionalità è, al giorno d’oggi, lettera morta, come qualcuno in dottrina vorrebbe sostenere.

²⁰⁸ M. Cohen-Eliya, I. Porat, *Proportionality and Constitutional Culture*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013, p. 22; S. Choudhry, *So What is the Real Legacy of Oakes? Two Decades of Proportionality Analysis under the Canadian Charter’s Section 1*, cit., p. 502, pp. 508-509 e p. 511; C. M. Dassios, C. P. Prophet, *Charter Section 1: The Decline of Grand Unified Theory and the Trend Towards Deference in the Supreme Court of Canada*, cit., pp. 290-291; A. J. Petter, P. J. Monahan, *Development in Constitutional Law: The 1986-1987 Term*, in 10 *Supreme Court Law Review*, 1988, 61, p. 66; R. Elliot, *The Supreme Court of Canada and Section 1 - The Erosion of the Common Front*, in 12 *Queen’s Law Journal*, 1987, 277, p. 281.

²⁰⁹ Si pensi alle osservazioni svolte *supra* Parr. VI.1., VI.2., VI.3., con riferimento a ciascuna fase del test di proporzionalità singolarmente presa.

L'atteggiamento più elastico, tenuto dalla Corte Suprema, può essere compreso per un triplice ordine di ragioni. Innanzitutto, esso è la diretta conseguenza del carattere altamente complesso e problematico, che presentano le questioni inerenti i diritti fondamentali²¹⁰.

In secondo luogo - ed in correlazione alla prima motivazione - si tenga presente che, tanto i giudici quanto il legislatore, sono spesso costretti ad operare delle scelte in situazioni di conoscenza incompleta della realtà²¹¹. A fronte di tale situazione di "*imperfect information*", tuttavia, il potere legislativo sembra essere in una posizione migliore rispetto al giudiziario, per sopperire a tale carenza e pervenire ad una decisione giusta e corretta. Così, si spiega l'atteggiamento, talvolta deferente, nei confronti del Parlamento federale o provinciale.

In terzo luogo, viene in rilievo l'interpretazione ampia ed estensiva delle disposizioni della Carta dei Diritti e delle Libertà: non è possibile, infatti, conciliare l'interpretazione generosa delle previsioni costituzionali, con la predisposizione di un test particolarmente stringente²¹². In altri termini: se molteplici manifestazioni rientrano nel campo di applicazione di un determinato diritto e, dunque, se risultano assai numerose le occasioni in cui una libertà fondamentale viene a porsi in contrasto con le scelte compiute dal legislatore, allora i giudici, inevitabilmente, dovranno esercitare un controllo più blando e non particolarmente incisivo. In caso contrario, il rischio sarebbe quello di sostituire in un numero eccessivo di casi le proprie valutazioni con quelle effettuate in sede legislativa e di pervenire con troppa frequenza alla dichiarazione di incostituzionalità delle disposizioni censurate.

In sostanza, a partire dal 1986, il test di proporzionalità ha conosciuto una progressiva evoluzione, finalizzata ad alleggerire la rigidità delle valutazioni

²¹⁰ C. Mathen, *Rational Connections: Oakes, Section 1 and the Charter's Legal Rights*, cit., p. 500.

²¹¹ S. Choudhry, *So What is the Real Legacy of Oakes? Two Decades of Proportionality Analysis under the Canadian Charter's Section 1*, cit., p. 504.

²¹² Si veda P. W. Hogg, *Interpreting the Charter of Rights: Generosity and Justification*, cit., p. 819.

svolte in ciascuna singola fase, così da diventare uno standard argomentativo più flessibile e maggiormente rispettoso delle scelte compiute dal legislatore.

VII.2. Il confronto con altri modelli

Un'ulteriore peculiarità della versione canadese del test di proporzionalità si apprezza avendo come termine di paragone il modello generale, delineato nel capitolo iniziale ed impiegato da diverse esperienze costituzionali (fra quest'ultime, si ricorda la giurisprudenza della Corte Costituzionale tedesca).

Come osservato in precedenza, in Canada, il *minimal impairment* rappresenta il passaggio più rilevante del test di proporzionalità; mentre tendenzialmente assume scarso rilievo l'ultima fase, la c.d. *proportionality in the strict sense*²¹³. Pertanto, sebbene formalmente il test di proporzionalità si articola in quattro componenti, in pratica, si può abbastanza agevolmente affermare che, almeno fino ad una decina di anni fa, il terzo passaggio (*minimal impairment*) costituiva l'ultima fase del test di proporzionalità²¹⁴. Al contrario, nel modello elaborato nel capitolo introduttivo del presente lavoro ed accolto dalla Corte Costituzionale tedesca, la verifica in merito alla *proportionality in the strict sense*, costituisce una componente essenziale, in quanto comporta valutazioni, relative al caso concreto, che non possono essere trascurate²¹⁵. In tale prospettiva, dunque, la terza fase, denominata necessità, è sicuramente rilevante, ma non sempre determinante nel decidere la questione di costituzionalità.

Esiste, dunque, una divergenza tra il modello canadese e quello tedesco (o, indistintamente, quello generale di cui al capitolo introduttivo), per quanto

²¹³ Si richiamano le riflessioni svolte *supra* Parr. VI.3. e VI.4.

²¹⁴ J. Rivers, *Proportionality and Variable Intensity of Review*, in 65 *Cambridge Law Journal*, 2006, 174, p. 179.

²¹⁵ M. Cohen-Eliya, I. Porat, *American Balancing and German Proportionality: the Historical Origins*, in 8 *International Journal of Constitutional Law*, 2010, 263, p. 285. Si veda, altresì, F. Iacobucci, *Judicial Review by the Supreme Court of Canada under the Canadian Charter of Rights and Freedoms*, in D. M. Beatty, *Human Rights and Judicial Review: A Comparative Perspective*, Leida, Martinus Nijhoff Publishers, 1994, p. 121.

concerne il funzionamento complessivo del test di proporzionalità. Tale differenza può essere spiegata per la seguente ragione: in Canada, le valutazioni che nel modello tedesco vengono svolte con la quarta componente del test, solitamente sono effettuate nelle fasi precedenti²¹⁶. In primo luogo, si pensi al primo livello del test di proporzionalità; la Corte Suprema del Canada non si limita a verificare che l'obbiettivo perseguito sia legittimo, ma verifica anche che la finalità risulti particolarmente importante²¹⁷. La valutazione in merito alla rilevanza dello scopo non è una verifica astratta; l'importanza, infatti, si apprezza con riferimento al caso concreto e comporta una scelta di valore. Dunque, questa verifica impone al giudice di aprire lo sguardo all'esperienza concreta, già durante la prima fase del test; viceversa, nel modello tedesco, l'apertura nei confronti della dimensione fattuale si verifica con il quarto passaggio, la proporzionalità in senso stretto²¹⁸.

In secondo luogo, la Corte Suprema del Canada sembra valutare gli effetti della disposizione impugnata, nel momento in cui è chiamata a svolgere le verifiche in merito alla connessione razionale ed al *minimal impairment*²¹⁹. Pertanto, nel condurre l'analisi in merito al rapporto mezzi/fini, la Corte Suprema mostra di tenere in adeguata considerazione anche gli effetti che la disposizione in questione produce nel caso concreto.

In sostanza, la principale differenza rispetto al modello generale ed astratto (ovvero rispetto al modello tedesco) si rinviene nella scarsa rilevanza ricoperta in Canada dalla quarta fase del test di proporzionalità. Tale conclusione, tuttavia, è valida, avendo come punto di riferimento la giurisprudenza della Corte Suprema fino al primo decennio del ventunesimo secolo. A partire dal 2009, infatti, la

²¹⁶ D. Grimm, *Proportionality in Canadian and German Constitutional Jurisprudence*, cit., pp. 394-395.

²¹⁷ Si veda *supra* Par. VI.1.

²¹⁸ Tale aspetto è stato criticato da una parte della dottrina. Si veda, a tal proposito, D. Réaume, *Limitations on Constitutional Rights: The Logic of Proportionality*, in *University of Oxford Legal Research Paper Series*, 2009, No. 26, 1, p. 26.

²¹⁹ D. Grimm, *Proportionality in Canadian and German Constitutional Jurisprudence*, cit., pp. 394-395.

Corte Suprema sembra intraprendere una nuova strada; l'analisi di questo nuovo filone giurisprudenziale è l'oggetto del prossimo paragrafo.

VIII. Un nuovo trend giurisprudenziale: la riscoperta della quarta fase del test di proporzionalità

La quarta componente del test di proporzionalità non ha rappresentato, almeno fino ad una decina di anni fa, una verifica rilevante all'interno dello schema argomentativo impiegato dalla Corte Suprema. Peraltro, come anticipato²²⁰, tale affermazione deve al giorno d'oggi essere ripensata in virtù di alcune pronunce che, nel frattempo, sono state adottate. Dal canto suo, anche parte della dottrina sembra oggi porre maggior attenzione su tale livello di controllo²²¹.

Innanzitutto, nel caso *Canada v. JTI-Macdonald Corp.*²²², deciso nel 2007, la Corte Suprema ha messo in risalto la rilevanza delle valutazioni svolte con l'ultimo passaggio del test. A tal proposito, il Chief Justice McLachlin si esprime in tali termini: “*Although cases are most often resolved on the issue of minimal impairment, the final inquiry into proportionality of effects is essential. It is the only place where the attainment of the objective may be weighed against the impact of the right. If rational connection and minimal impairment were to be met, and the analysis were to end there, the result might be to uphold a severe impairment on a right in the face of a less important objective*”²²³.

Questa affermazione di principio è stata poi ripresa e sviluppata nella decisione *Alberta v. Hutterian Brethren of Wilson Colony*²²⁴, del 2009²²⁵, con la quale è

²²⁰ Si veda *supra* Par. VI.4.

²²¹ Si veda, ad esempio, M. Zion, *Effecting Balance: Oakes Analysis Restaged*, in 43 *Ottawa Law Review*, 2011-2013, 431, pp. 433-434. Si veda, altresì, J. Cameron, *The Past, Present, and Future of Expressive Freedom Under the Charter*, cit., p. 66.

²²² *Canada v. JTI-Macdonald Corp.*, cit.

²²³ *Canada v. JTI-Macdonald Corp.*, cit., pp. 632-633.

²²⁴ *Alberta v. Hutterian Brethren of Wilson Colony*, cit.

²²⁵ Si veda, a tal proposito, S. Weinrib, *The Emergence of the Third Step of the Oakes Test in Alberta v. Hutterian Brethren of Wilson Colony*, in 68 *University of Toronto Faculty of Law Review*, 2010, 77, pp. 80-81 e pp. 87-95.

stato inaugurato il nuovo trend giurisprudenziale ed ha trovato ulteriori conferme con il caso *R. v. K.R.J.*²²⁶ deciso nel 2016.

VIII.1. *Alberta v. Hutterian Brethren of Wilson Colony*

Nel caso *Alberta v. Hutterian Brethren of Wilson Colony* si discuteva della legittimità costituzionale di una legge della provincia dell'Alberta, che imponeva di rilasciare le licenze di guida inserendo una foto del titolare della patente. La disposizione aveva un duplice obiettivo: contrastare il fenomeno degli scambi di identità delle persone alla guida ed aumentare la sicurezza nelle procedure per il rilascio del documento e nella circolazione stradale. Peraltro, la previsione impugnata, contrariamente a quanto accadeva in epoca anteriore, non ricomprendeva la possibilità di derogare al requisito della fotografia. Nel non prevedere eccezioni, la legge violava la libertà religiosa, garantita dalla Sezione 2(a) della Carta dei Diritti e delle Libertà, degli appartenenti alla comunità degli Hutteriti, i quali traevano dalla Bibbia il divieto di ritrarsi in foto.

Si anticipa che la legge della provincia dell'Alberta venne ritenuta costituzionalmente legittima; ma ciò che rileva, nell'ottica del presente lavoro, è il percorso argomentativo seguito dai giudici della Corte Suprema. Innanzitutto, si prendano in considerazione le argomentazioni svolte, per la maggioranza, dal Chief Justice McLachlin, il quale ha introdotto alcune modifiche alla versione originaria del test di proporzionalità. Dopo aver svolto le verifiche in merito all'importanza dell'obiettivo perseguito ed alla sussistenza di una connessione di tipo razionale tra mezzi e fini, l'attenzione del giudice McLachlin si è concentrata sulle ultime due componenti del test.

Per quanto concerne il c.d. *minimal impairment*, è stata posta in risalto l'esigenza che le eventuali misure alternative, oltre ad essere maggiormente rispettose dei diritti fondamentali coinvolti, consentano, al tempo stesso, di raggiungere

²²⁶ *R. v. K.R.J.*, 1 S.C.R. 906, (2016).

l'obbiettivo prefissato, in “*a real and substantial manner*”²²⁷. Quest'ultima espressione rivela, da un lato, la necessità di avere sempre ben presente la finalità perseguita, attraverso la disposizione impugnata, anche nel momento in cui si verifica la presenza di soluzioni alternative. Dall'altro lato, denota un atteggiamento, ancora più deferente verso le scelte compiute in sede legislativa; infatti, chi meglio del legislatore è capace di valutare il reale grado di soddisfazione di una finalità e le modalità concrete di raggiungimento di un determinato scopo²²⁸.

Peraltro, è con riferimento alla quarta fase che si apprezza in maniera significativa l'iter argomentativo svolto dal giudice McLachlin²²⁹. Egli, in un primo momento, ha fatto cenno, all'interno della motivazione, ad un articolo di A. Barak²³⁰, il quale, nella veste di giudice della Corte Suprema israeliana, ha costantemente posto l'accento sulla rilevanza della proporzionalità in senso stretto. Solamente quest'ultima fase, sostiene il giudice McLachlin, consente di tenere in adeguata considerazione i costi connessi al sacrificio di un diritto e la severità della limitazione inflitta; nonché di valutare se le conseguenze di tale limitazione siano eccessive rispetto ai benefici con essa raggiunti²³¹. Ciò premesso, il giudice McLachlin osserva che, “*the decisive analysis falls to be done at the final stage of Oakes*”²³². Dunque, nell'opinione di maggioranza in *Alberta v. Hutterian Brethren of Wilson Colony*, si arriva ad affermare l'assoluta centralità dell'ultima

²²⁷ *Alberta v. Hutterian Brethren of Wilson Colony*, cit., p. 597.

²²⁸ B. L. Berger, *Section 1, Constitutional Reasoning and Cultural Difference: Assessing the Impacts of Alberta v. Hutterian Brethren of Wilson Colony*, cit., pp. 31-34.

²²⁹ Per un approfondimento sul tema, si veda: Evans C. J., *Adjudicating Contested Values: Freedom of Religion and the Oakes Test*, in 10 *Journal of Law & Equality*, 2013, 5, pp. 22-28.

²³⁰ A. Barak, *Proportional Effect: The Israeli Experience*, in 57 *University of Toronto Law Journal*, 2007, 369. In particolare, l'autore si esprime con queste parole: “*Whereas the rational connection test and the least harmful measure test are essentially determined against the background of the proper objective, and are derived from the need to realize it, the test of proportionality (strictu sensu) examines whether the realization of this proper objective is commensurate with the deleterious effect upon the human right*” (p. 374).

²³¹ *Alberta v. Hutterian Brethren of Wilson Colony*, cit., pp. 606-607. Si veda, in dottrina, J. Cameron, *The Past, Present, and Future of Expressive Freedom Under the Charter*, cit., pp. 66-67.

²³² *Alberta v. Hutterian Brethren of Wilson Colony*, cit., p. 607.

fase del test di proporzionalità ed, in particolare, della valutazione in merito agli effetti, sia benefici sia deleteri, della disposizione impugnata.

Come detto, la legge della provincia dell'Alberta fu dichiarata costituzionalmente legittima, in quanto gli esponenti della comunità degli Hutteriti, potevano optare per una soluzione alternativa (*meaningful choice*), come, ad esempio, utilizzare un'automobile con conducente, per non infrangere il divieto posto dalla loro religione. Pertanto, gli effetti negativi della disposizione impugnata erano certamente rilevanti, ma non così gravi da incidere in maniera significativa nei confronti della libertà religiosa²³³. In altre parole, la libertà religiosa non veniva del tutto azzerata e, dunque, gli effetti negativi non potevano considerarsi superiori, in termini di un maggior peso, rispetto all'esigenza di garantire la sicurezza generale dei cittadini. Di conseguenza, la disposizione riusciva a superare anche l'ultima fase del test di proporzionalità.

Affermazioni sostanzialmente analoghe, in merito al ruolo decisivo ricoperto dalla proporzionalità in senso stretto, si rinvencono, nel medesimo caso, nell'opinione dissenziente del giudice Abella. A prescindere dalla conclusione cui perviene al termine del ragionamento, si veda il seguente passaggio: “*the minimal impairment stage should not, however, be seen to routinely end the s. 1 analysis. It is possible, for example, to have a law, which is not minimally impairing but may, on balance, given the importance of the government objective, be proportional. In my view, most of the heavy conceptual lifting and balancing, ought to be done at the final step – proportionality. Proportionality is, after all, what s. 1 is about*”²³⁴. Dunque, anche secondo il giudice Abella è all'interno della proporzionalità in senso stretto che si concentrano le valutazioni più significative della schema interpretativo elaborato a partire dalla clausola generale contenuta nella Sezione 1.

²³³ *Alberta v. Hutterian Brethren of Wilson Colony*, cit., pp. 607-614.

²³⁴ *Alberta v. Hutterian Brethren of Wilson Colony*, cit., p. 630.

VIII.2. *R. v. K.R.J.*

L'impostazione adottata con la sentenza *Alberta v. Hutterian Brethren of Wilson Colony*, non risulta un unicum nella giurisprudenza: a distanza di pochi anni, la Corte Suprema ha ripreso ed ulteriormente sviluppato quanto in essa affermato.

A tal proposito, viene in rilievo la sentenza *R. v. K.R.J.*²³⁵, nella quale si discuteva dell'applicazione retroattiva di due previsioni del Codice Penale: le sezioni 161(1)(c) e 161 (1)(d). Tali disposizioni, nell'ipotesi in cui fosse stato commesso un reato di natura sessuale nei confronti dei minori di sedici anni, attribuivano al giudice il potere di comminare due misure accessorie al colpevole, una volta espiata la pena in carcere. Nello specifico, si trattava del divieto assoluto, per il reo, di avere alcun tipo di contatto con la persona offesa, minore di sedici anni, previsto dalla sezione 161(1)(c), e del divieto di utilizzare internet o qualsiasi altra piattaforma digitale, prescritto dalla sezione 161(1)(d). L'applicazione retroattiva di entrambe le previsioni, introdotte dal legislatore nel 2012, si poneva in contrasto con la sezione 11(i) della Carta dei Diritti e delle Libertà, la quale prevede il diritto dell'imputato, qualora venga condannato, all'applicazione della pena minore, nell'ipotesi in cui la pena sia introdotta dal legislatore nel periodo ricompreso tra il momento in cui è stato commesso il reato e l'emanazione della sentenza. In sostanza, l'introduzione nel 2012 di due nuove misure restrittive, più severe rispetto a quelle precedentemente in vigore, faceva sorgere il dubbio se esse dovessero essere considerate "pene" ai sensi della sezione 11(i) della Carta dei Diritti e delle Libertà e se, conseguentemente, potessero essere applicate retroattivamente.

Il giudice Karakatsanis, nel rilasciare l'opinione di maggioranza, esaminò entrambi i quesiti. In un primo momento, riconobbe che le previsioni impugnate costituivano una "pena" e, dunque, la loro applicazione retroattiva si sarebbe posta in conflitto con la Sezione 11 della Carta dei Diritti e delle Libertà²³⁶. In un secondo momento, esaminò se la limitazione inflitta al diritto fondamentale,

²³⁵ *R. v. K.R.J.*, cit.

²³⁶ *R. v. K.R.J.*, cit., pp. 924-938.

previsto dalla sezione 11(i), potesse, comunque, considerarsi un limite ragionevole, ai sensi della sezione 1 della Carta dei Diritti e delle Libertà. Nel risolvere tale quesito, il giudice Karakatsanis fece ricorso al test di proporzionalità, peraltro, riprendendo l'impostazione inaugurata con la sentenza *Alberta v. Hutterian Brethren of Wilson Colony*. Così, dopo aver effettuato abbastanza celermente l'analisi in merito alla connessione razionale ed al *minimal impairment*, ampio risalto, nelle argomentazioni svolte, venne attribuito all'ultima componente del test, la proporzionalità in senso stretto. Al riguardo, il giudice Karakatsanis ha impiegato le seguenti parole: “*while the minimal impairment test has come to dominate much of the s. 1 discourse in Canada, this final step permits courts to address the essence of the proportionality enquiry at the heart of s. 1. It is only at this final stage that courts can transcend the law's purpose and engage in a robust examination of the law's impact on Canada's free and democratic society in direct and explicit terms*”²³⁷. Dopo questa premessa, l'analisi si è focalizzata sull'ultimo passaggio del test di proporzionalità, per valutare gli effetti che l'applicazione retroattiva delle due disposizioni impugnate avrebbe comportato. In particolare, per quanto concerne la sezione 161(1)(c), gli effetti di una sua applicazione retroattiva vennero ritenuti “*marginal and speculative*”²³⁸, a fronte di una sostanziale limitazione del diritto garantito dalla Sezione 11 della Carta dei Diritti e delle Libertà; ciò anche considerando che, secondo la Corte Suprema, erano rintracciabili, all'interno del Codice Penale, altre soluzioni ugualmente efficaci²³⁹. Viceversa, l'applicazione retroattiva della sezione 161(1)(d) venne ritenuta costituzionalmente legittima, in quanto gli effetti, in termini di benefici, erano ben maggiori rispetto ai sacrifici imposti al diritto tutelato dalla Sezione 11(i). Nel pervenire a tale conclusione, il giudice Karakatsanis ha sottolineato i rischi, particolarmente accentuati per i minori di sedici anni, connessi al rapido progresso sociale e tecnologico, che vede coinvolta la società attuale²⁴⁰.

²³⁷ *R. v. K.R.J.*, cit., pp. 945-946.

²³⁸ *R. v. K.R.J.*, cit., p. 951.

²³⁹ *R. v. K.R.J.*, cit., pp. 952-953.

²⁴⁰ *R. v. K.R.J.*, cit., pp. 953-960. In particolare: “*The fact that Parliament enacted s. 161(1)(d) as a means of closing a legislative gap created by rapid social and technological change does not*

In definitiva, le due sentenze analizzate indicano un sostanziale ripensamento del funzionamento complessivo del test di proporzionalità: da un lato, la fase del *minimal impairment* non costituisce più la componente maggiormente rilevante di tale standard argomentativo; dall'altro lato, si assiste alla riscoperta della proporzionalità in senso stretto che, dopo una prima ed esaustiva formulazione nella decisione *R. v. Oakes*, era stata troppo spesso dimenticata dai giudici della Corte Suprema.

VIII.3. Ragioni che possono giustificare il cambio di rotta

Le considerazioni svolte consentono di affermare, non senza qualche esitazione, che la proporzionalità in senso stretto assume al giorno d'oggi una maggiore centralità nell'ambito dello schema argomentativo tratteggiato dalla Corte Suprema. Ovviamente, allo stato attuale, è ragionevole soltanto ipotizzare tale mutamento: la nuova rilevanza attribuita a tale passaggio del test dovrà essere verificata attraverso l'analisi delle pronunce che saranno in futuro adottate dalla Corte Suprema. Ad oggi, però, è possibile individuare alcune delle ragioni che possono, da un lato spiegare e dall'altro avvalorare, la tesi prospettata; in particolare, tre motivi sembrano porsi alla base della riscoperta della quarta componente del test di proporzionalità.

In primo luogo, si richiama quanto osservato in precedenza²⁴¹, e cioè che la Corte Suprema del Canada, nel condurre la verifica in merito alla connessione razionale ed al *minimal impairment*, ha abitualmente preso in considerazione gli effetti della disposizione impugnata. Si è verificata, così, una commistione tra il controllo in merito al rapporto mezzi/fini e le valutazioni circa gli effetti della previsione legislativa in questione²⁴². In altri termini, fino a pochi anni fa, le fasi della

just enhance the salutary effects of the law: it mitigated the provision's deleterious effects, too" (p. 958).

²⁴¹ Si richiamano le considerazioni svolte *supra* Par. VII.2.

²⁴² M. Moore, *R. v. K.R.J.: Shifting the Balance of the Oakes Test from Minimal Impairment to Proportionality of Effects*, in 82 *Supreme Court Law Review*, 2018, 143, pp. 150-153.

connessione razionale e, soprattutto, del *minimal impairment*, da un lato, ed il controllo circa la proporzionalità in senso stretto, dall'altro lato, tendevano a sovrapporsi ed a mescolarsi in maniera caotica. La riscoperta della quarta componente del test di proporzionalità, dunque, trova giustificazione proprio nella volontà di tenere ben distinte le varie fasi di cui si compone tale standard argomentativo; una cosa sono le verifiche in merito al rapporto mezzi/obiettivi, altra sono, invece, le valutazioni circa gli effetti in concreto della previsione legislativa²⁴³.

In secondo luogo, il modello, che poneva al centro la fase del *minimal impairment*, era inadatto, in determinate circostanze, a garantire un'adeguata tutela dei diritti fondamentali. Si pensi all'ipotesi in cui non fosse stato possibile individuare una soluzione alternativa, rispetto a quella prescelta dal legislatore, che potesse limitare i diritti fondamentali in misura inferiore²⁴⁴. In tale eventualità, la disposizione impugnata avrebbe senz'altro superato positivamente il terzo passaggio del test di proporzionalità e, nello schema prevalente fino al 2009, sarebbe stata dichiarata costituzionalmente legittima. I giudici della Corte Suprema sarebbero pervenuti a tale conclusione, anche nel caso in cui gli effetti negativi della disposizione impugnata fossero stati di gran lunga superiori ai benefici che essa comportava; ciò, infatti, era teoricamente possibile dal momento che non era riconosciuta, nella sostanza, autonoma rilevanza alla quarta componente del test di proporzionalità. Pertanto, anche in considerazione di tale aspetto paradossale e della ridotta protezione che ne conseguiva per i diritti fondamentali, la Corte Suprema ha attribuito nuova linfa alle valutazioni in merito agli effetti della previsione legislativa impugnata.

²⁴³ Si veda la decisione *R. v. K.R.J.*, cit., ove il giudice Karakatsanis ha sottolineato che “*this final stage is an important one because it performs a fundamentally distinct role*” (p. 945). Si veda, altresì, *Alberta v. Hutterian Brethren of Wilson Colony*, cit., p. 630.

²⁴⁴ A. Barak, *Proportional Effect: The Israeli Experience*, cit., p. 375. Si veda, altresì, S. Weinrib, *The Emergence of the Third Step of the Oakes Test in Alberta v. Hutterian Brethren of Wilson Colony*, cit., p. 82.

In terzo luogo, la riscoperta della proporzionalità in senso stretto si correla ad una critica che veniva mossa al funzionamento del test di proporzionalità: la scarsa trasparenza del ragionamento svolto nel pervenire ad una decisione²⁴⁵. Se, infatti, i giudici della Corte Suprema effettuavano le valutazioni in merito agli effetti della disposizione impugnata, nella fasi precedenti del test di proporzionalità e non all'interno del quarto passaggio di tale schema interpretativo, la decisione cui essi pervenivano poteva apparire poco trasparente e, di conseguenza, poco comprensibile. In altre parole, era più difficile individuare il percorso argomentativo seguito dai giudici se essi non svolgevano la verifica in merito agli effetti nella fase ad essa dedicata, ma, viceversa, univano tali valutazioni con il controllo in merito al rapporto mezzi/fini. Pertanto, la riscoperta della proporzionalità in senso stretto consente ai giudici di fornire argomentazioni più ordinate e sicuramente più trasparenti e comprensibili per i soggetti cui le decisioni sono destinate²⁴⁶. L'ultima componente del test, infatti, pone ai giudici il compito di prendere apertamente in considerazione i benefici e gli effetti negativi di una determinata disposizione, di metterli a confronto e di bilanciarli, per individuare quale di essi pesi di più e debba conseguentemente prevalere in un determinato caso concreto²⁴⁷. In sostanza, lo sforzo dei giudici di tenere ben distinte le valutazioni previste da ciascuna componente del test di proporzionalità comporta notevoli benefici, anche sul piano dell'argomentazione, favorendo una motivazione maggiormente chiara ed intellegibile²⁴⁸.

IX. Quale futuro per la proporzionalità?

L'analisi, fino a qui condotta, impone di svolgere alcune riflessioni conclusive in merito al futuro del test di proporzionalità in Canada. Il tema diventa

²⁴⁵ M. Moore, *R. v. K.R.J.: Shifting the Balance of the Oakes Test from Minimal Impairment to Proportionality of Effects*, cit., pp. 158-165.

²⁴⁶ B. L. Berger, *Section 1, Constitutional Reasoning and Cultural Difference: Assessing the Impacts of Alberta v. Hutterian Brethren of Wilson Colony*, cit., pp. 43-44.

²⁴⁷ M. Zion, *Effecting Balance: Oakes Analysis Restaged*, cit., p. 437.

²⁴⁸ V. C. Jackson, *Proportionality and equality*, in V. C. Jackson, M. Tushnet, *Proportionality: New Frontiers, New Challenges*, Cambridge, Cambridge University Press, 2017, p. 176. Per un approfondimento, si rinvia ai Parr. II.1. e II.2. del Capitolo V.

particolarmente rilevante, se prendiamo in considerazione le critiche che sono state mosse da alcuni esponenti della dottrina nei confronti di tale standard argomentativo. Così, l'applicazione più flessibile, rispetto alla versione originaria, delle singole componenti del test di proporzionalità non è stata valutata positivamente da parte di coloro che intravedevano, in siffatto approccio, un atteggiamento eccessivamente deferente nei confronti del legislatore²⁴⁹. Inoltre, vi è anche chi ha sostenuto che, al giorno d'oggi, il test elaborato nel caso *R. v. Oakes* ha perso la propria rilevanza nelle argomentazioni svolte dai giudici della Corte Suprema e che, di conseguenza, si rende necessaria la sostituzione di tale standard con altri schemi interpretativi²⁵⁰. Ad esempio, una parte della dottrina ha proposto di abbandonare il modello previgente, incentrato su di un'unica tecnica argomentativa valida in via generale, e di adottare, invece, una tecnica ermeneutica specifica per ciascun diritto fondamentale, in modo tale da tenere in adeguata considerazione le peculiarità di ognuno di essi²⁵¹.

A fronte di tali perplessità, in merito alla reale utilità del test di *Oakes* nelle odierne motivazioni dei giudici della Corte Suprema, l'idea, accolta dal presente lavoro, è che il test di proporzionalità possa rappresentare ancora oggi un'efficace

²⁴⁹ J. Cameron, *The Past, Present, and Future of Expressive Freedom Under the Charter*, cit., pp. 55-73; E. P. Mendes, *Section 1 of the Charter after 30 Years: The Soul or the Dagger at its Heart?*, cit., pp. 297-298. Si tenga presente che l'approccio più elastico è stato ritenuto, invece, soddisfacente da altra parte della dottrina. Al riguardo, si vedano: P. Blache, *The Criteria of Justification under Oakes: Too Much Severity Generated Through Formalism*, in 20 *Manitoba Law Journal*, 1991, 437, p. 438 e p. 450; P. J. Monahan, *The Charter Then and Now*, in P. Bryden, S. Davis, J. Russell, *Protecting Rights and Freedoms. Essays on the Charter's Place in Canada's Political, Legal, and Intellectual Life*, Toronto, University of Toronto Press, 1994, p. 117.

²⁵⁰ N. Siebrasse, *The Oakes Test: An Old Ghost Impeding Bold New Initiatives*, cit. L'autore ha individuato nella divisione tra le valutazioni in merito agli obbiettivi ed ai mezzi e quella circa la proporzionalità in senso stretto, il principale difetto del test di *Oakes*. In virtù di tale considerazione, egli sostiene che non è possibile impiegare un test nel condurre l'analisi in merito alla Sezione 1 della Carta dei Diritti e delle Libertà; al contrario, il metodo più adeguato è, secondo l'autore, un bilanciamento diretto tra le finalità perseguite dal legislatore ed i mezzi prescelti (p. 102 e pp. 127-131).

²⁵¹ Si veda, al riguardo: C. D. Brecht, A. Dodek, *The Increasing Irrelevance of Section 1 of the Charter*, in 14 *Supreme Court Law Review*, 2001, 175, p. 187; B. Slattery, *The Pluralism of the Charter: Revisiting the Oakes Test*, in B. Tremblay, G. Webber, *The Limitation of Charter Rights: Critical Essays on R. v. Oakes*, Montreal, Themis Press, 2009, pp. 13-35; C. D. Brecht, H. K. Pessione, *The Death of Oakes: Time for a Rights-Specific Approach?*, in 63 *Supreme Court Law Review*, 2013, 485, pp. 485-497.

tecnica argomentativa per la tutela dei diritti fondamentali. Ciò richiede, però, sia di ripensare alcuni tratti distintivi dell'interpretazione costituzionale, sia di apportare alcune correzioni alla versione del test di proporzionalità tradizionalmente impiegata dalla Corte Suprema.

IX.1. *Purposive interpretation*

In primo luogo, si pensi all'interpretazione generosa delle disposizioni della Sezione 1 della Carta dei Diritti e delle Libertà, finalizzata a ricomprendere, nell'ambito di operatività di ciascun diritto fondamentale, il maggior numero di manifestazioni, attraverso le quali un determinato diritto può presentarsi nella realtà²⁵². L'interpretazione estensiva necessita, tuttavia, di essere ripensata, dal momento che essa non è sinonimo di un elevato livello di protezione dei diritti fondamentali. In particolare, affinché il test di proporzionalità possa di nuovo rappresentare un efficace standard argomentativo per la tutela delle libertà fondamentali, è opportuno circoscrivere l'ambito di applicazione di ciascun diritto e, così, ridurre le situazioni in cui un determinato diritto viene a porsi in contrasto con gli obiettivi perseguiti dal legislatore. Infatti, non è ammissibile che tutte le espressioni, anche le più periferiche, mediante le quali può concretamente presentarsi un diritto, necessitino di verificare, attraverso il test di proporzionalità, la sussistenza delle condizioni poste dalla Sezione 1, per legittimare la loro limitazione. Dunque, sembra auspicabile un mutamento, finalizzato a limitare le situazioni in cui la Corte Suprema è chiamata ad utilizzare il test di proporzionalità, con l'obiettivo di impiegare tale standard argomentativo solamente nel caso in cui si presenti un conflitto serio, reale e concreto.

Tra le proposte elaborate dalla dottrina, una possibile soluzione, per superare tale aspetto problematico, è rappresentata dall'interpretazione teleologica (*purposive interpretation*)²⁵³. Attraverso tale tecnica interpretativa è possibile superare il dato

²⁵² Si veda *supra* Par. IV.1.

²⁵³ P. W. Hogg, *Interpreting the Charter of Rights: Generosity and Justification*, cit., pp. 820-821; P. W. Hogg, *Canada: From Privy Council to Supreme Court*, cit., pp. 88-90.

letterale ed attribuire ad una determinata disposizione un significato più ampio, tenendo, però, in considerazione sia il contesto, sia l'obiettivo perseguito. In altre parole, l'interpretazione teleologica, da un lato, consente di ampliare l'ambito di operatività di ciascun diritto; dall'altro, individua nella finalità scelta dal legislatore un criterio per far sì che tale ampliamento non avvenga a dismisura²⁵⁴. Così, solamente quelle manifestazioni che si pongono in linea con lo scopo legislativo, potranno rientrare nell'ambito di applicazione di una determinata disposizione, istitutiva di un diritto fondamentale, e, di conseguenza, richiedere la verifica in merito alla sussistenza dei requisiti posti dalla Sezione 1 della Carta dei Diritti e delle Libertà.

Dunque, il primo aggiustamento auspicabile da apportare al modello attuale consiste nel passaggio dall'interpretazione generosa all'interpretazione teleologica delle disposizioni costituzionali; questo passaggio dovrebbe costituire il presupposto per un'applicazione maggiormente rigorosa del test di proporzionalità²⁵⁵.

IX.2. Contextual approach

In secondo luogo, si richiama quanto rilevato in precedenza in merito al tentativo compiuto dalla Corte Suprema di individuare alcune linee guida che possano giustificare un atteggiamento più o meno deferente nei confronti del potere legislativo²⁵⁶. Tuttavia, tale sforzo non sembra aver prodotto risultati soddisfacenti²⁵⁷ e diventa pertanto opportuno rivedere tale impostazione.

²⁵⁴ Tale passaggio è stato ben messo in risalto da P. W. Hogg, in *Canada: From Privy Council to Supreme Court*, cit., il quale ha affermato quanto segue: “*in the case of most rights, however, a generous approach is not the same as a purposive approach. The widest possible interpretation of the language, which is the most generous interpretation, will ‘overshoot’ the purpose of the right by including behaviour that is outside the purpose and unworthy of constitutional protection*” (p. 89).

²⁵⁵ Si veda, come argomento al contrario, quanto osservato *supra* Par. VII.1.

²⁵⁶ Si richiama quanto osservato *supra* Par. VI.3.1.

²⁵⁷ Si veda S. Choudhry, *So What is the Real Legacy of Oakes? Two Decades of Proportionality Analysis under the Canadian Charter’s Section 1*, cit. L'autore individua tre aspetti problematici con riferimento all'individuazione di determinati criteri per l'esercizio del *self-restraint* da parte

Un'alternativa plausibile all'individuazione di criteri e categorie, può essere rintracciata, riprendendo quanto affermato nel caso *R. v. Oakes*. In tale occasione, il Chief Justice Dickson affermò che “*the nature of the proportionality test will vary depending on the circumstances*”²⁵⁸. Dunque, il giudice, nell'elaborare il test di proporzionalità, dava atto che il rigore del controllo esercitato poteva subire delle variazioni, a seconda delle circostanze rilevanti nel caso concreto. Tale idea, che venne ripresa e sviluppata dalla Corte Suprema in alcune pronunce successive²⁵⁹, peraltro senza particolare successo, necessita di essere presa nuovamente in considerazione. Infatti, piuttosto che individuare, in maniera talvolta artificiosa, categorie di casi in cui è preferibile mantenere un approccio deferente ed altri, invece, ove si consiglia un sindacato più rigoroso, è altamente auspicabile che la Corte Suprema prenda atto dell'assoluta rilevanza che ricopre il caso concreto nel condurre le verifiche dettate dal test di proporzionalità. In particolare, l'atteggiamento più o meno severo è la conseguenza delle circostanze e delle caratteristiche rilevanti della fattispecie concreta. Pertanto, nell'esercitare il controllo di costituzionalità attraverso la tecnica interpretativa della proporzionalità, non è possibile trascurare la dimensione fattuale; al contrario, essa ha un peso specifico elevato, di cui si deve tenere debito conto, specialmente nel condurre la verifica in merito alla proporzionalità in senso stretto.

In sostanza, è preferibile che la Corte Suprema prenda atto della rilevanza della circostanze fattuali e faccia proprio il c.d. “*contextual approach*”²⁶⁰, piuttosto che

della Corte Suprema. In particolare: la Corte Suprema non si è attenuta ai parametri precedentemente individuati; le distinzioni tracciate dalla Corte Suprema erano insostenibili e fra le molteplici, quella più problematica era la differenziazione tra diritto penale ed altre aree del diritto (pp. 515-520).

²⁵⁸ *R. v. Oakes*, cit., p. 139.

²⁵⁹ Si vedano, al riguardo, le seguenti decisioni: *Edmonton Journal v. Alberta*, cit., p. 1353 e pp. 1355-1356; *Rocket v. Royal College of Dental Surgeons of Ontario*, cit., pp. 246-247; *Thomson Newspapers v. Canada*, cit., pp. 942-943.

²⁶⁰ A. Lokan, *The Rise and Fall of Doctrine under Section 1 of the Charter*, cit., pp. 183-184; S. Choudhry, *So What is the Real Legacy of Oakes? Two Decades of Proportionality Analysis under the Canadian Charter's Section 1*, cit., p. 521; V. C. Jackson, *Ambivalent Resistance and Comparative Constitutionalism: Opening up the Conversation on “Proportionality”, Rights and Federalism*, in *1 Journal of Constitutional Law*, 2014, 583, p. 610.

continuare ad individuare artificiosi criteri, in grado di giustificare il diverso rigore delle proprie valutazioni.

IX.3. Correttivi alla versione attuale del test di proporzionalità

Nel tentativo di continuare a garantire al test di proporzionalità il successo che fino ad oggi ha conosciuto nelle motivazioni dei giudici della Corte Suprema, sembra opportuno introdurre alcune modifiche alla struttura ed alle singole fasi di cui si compone tale canone ermeneutico.

Innanzitutto, con riferimento alla prima fase, può essere auspicabile sostituire la verifica in merito alla sufficiente importanza della finalità perseguita dal legislatore, con un controllo meno incisivo. In particolare, la Corte Suprema del Canada potrebbe limitarsi a verificare che l'obbiettivo della disposizione legislativa impugnata sia legittimo e non in contrasto con i principi ed i valori di cui è portatrice una società democratica²⁶¹. Si verificherebbe, in tal modo, la sostituzione della fase c.d. *sufficient important objective*, con il passaggio, denominato "legittimità", già previsto nel modello generale ricostruito nel capitolo introduttivo del presente lavoro²⁶² ed accolto da numerose esperienze costituzionali²⁶³. Tale ricostruzione del primo passaggio del test di proporzionalità avrebbe il pregio di evitare un inconveniente, fino ad oggi riscontrato nell'applicazione di tale schema argomentativo da parte della Corte Suprema²⁶⁴: resterebbero fuori dal primo livello di controllo le valutazioni e le scelte di valore che appartengono più propriamente all'ultima fase del test.

Per quanto concerne la connessione razionale ed il *minimal impairment*, non si segnalano particolari aggiustamenti, se non l'esigenza di concentrare l'attenzione sul rapporto mezzi/fini e di non introdurre valutazioni in merito agli effetti in concreto della disposizione impugnata.

²⁶¹ M. Zion, *Effecting Balance: Oakes Analysis Restaged*, cit., p. 444.

²⁶² Si veda il Par. VII.1. del capitolo iniziale.

²⁶³ Si pensi, ad esempio, alla Corte Costituzionale tedesca.

²⁶⁴ Si richiamano le riflessioni effettuate *supra* Par. VII.2.

Infine, per quanto riguarda la proporzionalità in senso stretto, è auspicabile che la Corte Suprema dia seguito al trend giurisprudenziale inaugurato con la decisione *Alberta v. Hutterian Brethren of Wilson Colony*. In particolare, tale ultimo passaggio del test di proporzionalità è finalizzato a verificare, nel caso concreto, gli effetti, in termini di benefici e di sacrifici, della disposizione impugnata. Nello svolgere tale verifica, saranno presi in considerazione, sia l'importanza dell'obiettivo perseguito, sia il grado di limitazione inflitto ad un diritto fondamentale, secondo il c.d. “*contextual approach*”, di cui si auspica l'adozione. Quest'ultima categoria di valutazioni - si ripete - dovrebbe concentrarsi esclusivamente all'interno dell'ultima fase del test di proporzionalità e non essere anticipata nella fasi precedenti, come invece regolarmente accadeva almeno fino ad una decina di anni fa.

In sostanza, dalla ricostruzione effettuata, emerge l'esigenza di tenere ben distinte le singole fasi del test di proporzionalità e, conseguentemente, di evitare una pericolosa commistione tra valutazioni, alcune delle quali non rientrano tra le verifiche previste dalla fase del test presa in considerazione. Pertanto, lo sforzo richiesto ai giudici della Corte Suprema è di mantenere un' “*analytical separation*”²⁶⁵ tra i livelli di controllo che compongono il test di proporzionalità. L'ulteriore beneficio che si ricava da tale impostazione consiste nell'agevolare una motivazione chiara, trasparente, nella quale le valutazioni svolte sono rese palesi e, dunque, risultano facilmente comprensibili per i soggetti interessati dalla soluzione di una controversia²⁶⁶.

Per quanto concerne il funzionamento complessivo del modello, ricostruito nei termini di cui sopra, si avranno decisioni in cui la terza fase, il *minimal impairment*, continuerà a rappresentare il controllo determinante nel condurre il

²⁶⁵ M. Moore, *R. v. K.R.J.: Shifting the Balance of the Oakes Test from Minimal Impairment to Proportionality of Effects*, cit., p. 176.

²⁶⁶ Il tema relativo alla trasparenza ed alla giustificabilità delle decisioni, come conseguenza dell'utilizzo del test di proporzionalità, sarà ripreso nel capitolo conclusivo del presente lavoro. Per un approfondimento, si rinvia ai Parr. II.1. e II.2. del Capitolo V.

sindacato di costituzionalità. Al tempo stesso, è lecito aspettarsi anche decisioni in cui un ruolo decisivo sarà ricoperto dalla proporzionalità in senso stretto; ciò, in particolare, con riferimento a tutte quelle situazioni in cui non sarà possibile rintracciare una soluzione meno restrittiva, rispetto a quella scelta dal legislatore, dei diritti fondamentali implicati in una controversia. In tale ultima ipotesi, infatti, la verifica risolutiva ruoterà intorno agli effetti della disposizione impugnata²⁶⁷.

* * *

In definitiva, il quesito in merito al futuro del test di proporzionalità in Canada, consente di fornire una risposta cautamente positiva, nel senso che non si intravedono ragioni particolarmente convincenti che possano far presagire l'adozione di un nuovo standard argomentativo da parte della Corte Suprema. Al tempo stesso, è stato compiuto un tentativo, per quanto non esaustivo, volto ad individuare alcuni aggiustamenti che potrebbero risultare opportuni per superare quelle criticità che più di trent'anni di applicazione del test di proporzionalità avevano rivelato. Ovviamente, non è possibile determinare in questa sede gli effetti positivi che i cambiamenti suggeriti potrebbero eventualmente produrre nell'applicazione del test di proporzionalità; d'altronde, si tratta di una ricostruzione teorica che, in quanto tale, necessiterebbe, per essere valutata nella sua reale portata, di un riscontro pratico all'interno delle motivazioni rilasciate dai giudici della Corte Suprema.

²⁶⁷ Tale affermazione è in sintonia con quanto osservato *supra* Par. VIII.3.

Capitolo III

La Corte Costituzionale italiana

I. Introduzione. - II. Il principio di ragionevolezza nell'esperienza costituzionale italiana. - II.1. Ragionevolezza e principio di uguaglianza. - II.2. L'emancipazione dal principio di uguaglianza e la conseguente espansione del campo di applicazione della ragionevolezza. - II.3. I criteri della ragionevolezza. - II.4. Il giudizio di ragionevolezza-proporzionalità. - III. Il principio di proporzionalità: contenuto e fondamento normativo. - IV. Bilanciamento e criteri di ragionevolezza e di proporzionalità. - V. La proporzionalità come tecnica interpretativa: il tradizionale approccio de-strutturato da parte della Corte Costituzionale. - V.1. Le valutazioni in merito agli obiettivi ed alla congruità dei mezzi rispetto alle finalità. - V. 2. Le valutazioni in merito agli effetti nel caso concreto. - VI. I limiti alle operazioni di bilanciamento. - VI.1. Il contenuto essenziale dei diritti fondamentali. - VI.1.1. Obiezioni. - VI.2. I principi supremi dell'ordinamento. - VI.2.1. Obiezioni. - VII. L'opportunità di individuare soluzioni alternative idonee a circoscrivere l'attività di bilanciamento. - VII.1. Il test di proporzionalità nella giurisprudenza della Corte Costituzionale. - VIII. Riflessioni finali.

I. Introduzione

Lo studio della proporzionalità all'interno dell'ordinamento costituzionale italiano richiede una considerazione di carattere preliminare. Nel capitolo iniziale del presente lavoro si è osservato come sia opportuno tenere distinti, da un lato, il principio di proporzionalità e, dall'altro lato, la proporzionalità intesa come standard interpretativo, vale a dire il test di proporzionalità¹. Tale distinzione risulta alquanto pertinente con riferimento alla giurisprudenza della Corte Costituzionale italiana: invero, mentre il principio di proporzionalità viene costantemente impiegato come criterio di valutazione delle scelte compiute in sede legislativa, il test di proporzionalità non gode di analogo successo nelle argomentazioni svolte dai giudici costituzionali. Si vuole sottolineare che, almeno fino agli anni più recenti, la Corte Costituzionale italiana non ha elaborato uno schema interpretativo analogo a quello predisposto, ad esempio, dalla Corte Suprema del Canada, articolato in standard di giudizio disposti in progressione,

¹ Si rinvia al Capitolo I, Par. I.

cui sottoporre le disposizioni legislative che interferiscono con i diritti fondamentali. Al contrario, la Corte Costituzionale italiana si è contraddistinta per un approccio de-strutturato.

La precisazione svolta suggerisce di prendere in considerazione dapprima il principio di proporzionalità e in un secondo momento la proporzionalità come standard argomentativo; il presente capitolo intende dunque muoversi in tale direzione. In primo luogo è analizzato il principio di proporzionalità ed, in particolare, sono evidenziati i seguenti connotati di tale principio: il carattere pervasivo, il contenuto ed il fondamento normativo, lo stretto legame che intercorre tra la proporzionalità e la ragionevolezza e la rilevanza che il sindacato di proporzionalità-ragionevolezza assume nell'ambito delle attività di bilanciamento dei diritti fondamentali. In secondo luogo, attraverso l'esame della giurisprudenza, viene esaminata la proporzionalità, in quanto tecnica interpretativa. Al riguardo, particolare rilevanza è attribuita al fatto che la Corte Costituzionale italiana non ha provveduto, almeno fino a pochi anni fa, a formulare una versione completa del test di proporzionalità onde il suo approccio è risultato essere de-strutturato; mentre, il presente lavoro cerca di dimostrare che le singole fasi, di cui generalmente si compone lo standard argomentativo della proporzionalità, sono tuttavia rintracciabili nelle decisioni della Corte Costituzionale. Nella parte conclusiva del capitolo si osserva, infine, che, a partire da una sentenza del 2014 e da alcune decisioni ad essa successive, sembra possibile individuare nel percorso argomentativo svolto dai giudici costituzionali una forma embrionale del test di proporzionalità.

Dunque, è opportuno iniziare con l'analisi della proporzionalità nell'accezione di principio. Quest'ultimo viene costantemente impiegato dalla Corte Costituzionale italiana, come parametro per valutare le scelte compiute dal legislatore ed in particolare per stabilire se una determinata disposizione limitativa di un diritto fondamentale possa ritenersi costituzionalmente legittima. L'importanza assunta dal criterio della proporzionalità nei giudizi di costituzionalità delle leggi è stata

ben sottolineata dalla dottrina, la quale ha posto l'accento sul carattere onnipresente e sul ruolo pervasivo ricoperto da tale principio².

Nelle argomentazioni dei giudici costituzionali, il criterio della proporzionalità viene generalmente richiamato unitamente ad un altro principio: la ragionevolezza. Tendenzialmente, la Corte Costituzionale non opera alcuna distinzione tra gli aspetti della ragionevolezza e della proporzionalità, i quali sono solitamente impiegati in maniera del tutto fungibile l'uno rispetto all'altro, alla stregua di due sinonimi³. Ed, infatti, molto spesso la Corte Costituzionale fa riferimento al “*canone generale della ragionevolezza e proporzionalità*”⁴, ricomprendendo in un'unica formulazione, sia il parametro della ragionevolezza, sia quello della proporzionalità.

In sostanza, nelle motivazioni elaborate dai giudici costituzionali la proporzionalità si presenta saldamente connessa alla ragionevolezza; in altre parole, proporzionalità e ragionevolezza rappresentano due criteri che insieme concorrono a determinare se una limitazione di un diritto fondamentale possa ritenersi proporzionale, ragionevole ed in quanto tale ammissibile⁵.

Nel tentativo di ricostruire il rapporto che intercorre tra il principio di ragionevolezza e quello di proporzionalità, nonché di spiegare il contenuto ed il fondamento normativo della proporzionalità all'interno dell'ordinamento

² Si veda, al riguardo, M. Cartabia, *I principi di ragionevolezza e proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale italiana*, Conferenza trilaterale delle Corti Costituzionali italiana, portoghese e spagnola svoltasi a Roma, Palazzo della Consulta, 24-26 ottobre 2013, p. 1 (articolo consultabile sul sito della Corte Costituzionale www.cortecostituzionale.it).

³ L. Tria, *Brevi osservazioni sul bilanciamento nella giurisprudenza della Corte Costituzionale*, in G. Bronzini, R. Cosio, *Interpretazione conforme, bilanciamento dei diritti e clausole generali*, Milano, Giuffrè Editore, 2017, pp. 206-207.

⁴ Corte Costituzionale, 3 dicembre 2015, n. 250. Si vedano, altresì, le seguenti decisioni, ove si fa riferimento al fondamentale (e generale) canone di ragionevolezza e proporzionalità: Corte Costituzionale, ordinanza 9 febbraio 2001, n. 33; Corte Costituzionale, 17 novembre 2010, n. 326; Corte Costituzionale, 24 luglio 2013, n. 236; Corte Costituzionale, 13 febbraio 2014, n. 23; Corte Costituzionale, ordinanza 9 luglio 2015, n. 148; Corte Costituzionale, 15 luglio 2015, n. 156; Corte Costituzionale, 20 luglio 2016, n. 192; Corte Costituzionale, 15 dicembre 2016, n. 268.

⁵ G. Pino, *Diritti e interpretazione. Il ragionamento giuridico nello Stato costituzionale*, Bologna, Il Mulino, 2010, pp. 204-205.

costituzionale italiano, sembra opportuno - per ragioni che risulteranno più agevolmente comprensibili con il prosieguo della trattazione - analizzare in prima battuta la ragionevolezza all'interno dell'ordinamento costituzionale italiano e, in un secondo momento, il principio di proporzionalità.

II. Il principio di ragionevolezza nell'esperienza costituzionale italiana

Il termine ragionevolezza, cui sono riconducibili eterogenee tecniche di controllo di costituzionalità delle leggi, è entrato ormai da decenni nel vocabolario della Corte Costituzionale italiana. Nato nell'ambito dei giudizi sul principio di uguaglianza, oggi il criterio di ragionevolezza si è da questo emancipato. Più di venti anni fa, in occasione di un seminario organizzato dalla Corte Costituzionale⁶, molti studiosi sottolineavano proprio questo aspetto: il controllo di ragionevolezza è abitualmente invocato dalle parti e dal giudice rimettente ed è impiegato dalla Corte Costituzionale, anche a prescindere da qualsiasi riferimento al principio di uguaglianza. Il principio di ragionevolezza ha così progressivamente guadagnato una propria autonomia e si caratterizza, al giorno d'oggi, per essere un parametro cui la Corte Costituzionale fa costante riferimento nei giudizi di costituzionalità delle leggi⁷.

⁶ Si veda AA.VV., *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza della Corte Costituzionale. Riferimenti comparatistici*, Atti del seminario svoltosi a Roma, Palazzo della Consulta, 13-14 ottobre 1992, Milano, Giuffrè Editore, 1994.

⁷ C. Lavagna, *Ragionevolezza e legittimità costituzionale*, in *Studi in memoria di Carlo Esposito*, Vol. III, Padova, Cedam, 1973, pp. 1573-1588, ha sottolineato che “un giudizio di ragionevolezza si inserisce probabilmente in ogni questione di legittimità costituzionale, sia pure in forma implicita e inespressa, come momento essenziale ed ineliminabile” (p. 1577). Si veda, altresì, P. Barile, *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza della Corte Costituzionale*, in *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza della Corte Costituzionale. Riferimenti comparatistici*, cit., ove l'autore ha impiegato le seguenti parole per descrivere la rilevanza assunta dal principio di ragionevolezza: “Il principio di ragionevolezza, a ben vedere, è un principio costante in tutti i giudizi di legittimità costituzionale; non è un semplice corollario del principio di eguaglianza” (p. 30); A. Spadaro, *Dall'indisponibilità (tirannia) alla ragionevolezza (bilanciamento) dei diritti fondamentali. Lo sbocco obbligato: l'individuazione di doveri altrettanto fondamentali*, in *Politica del diritto*, Fascicolo 1, marzo 2006, 167, all'interno del quale l'autore ha rilevato che il principio di ragionevolezza “impregna di sé ogni aspetto della vita giuridica dell'ordinamento attuale” (p. 169).

La pervasività del principio di ragionevolezza si correla ad un'altra caratteristica: l'inafferrabilità del concetto di ragionevolezza, che difficilmente si presta ad essere racchiuso in un'unica formula verbale⁸. In altre parole, il termine ragionevolezza presenta caratteri sfumati e sfuggenti, al punto che risulta difficile fornire una definizione esaustiva del concetto medesimo⁹. Così, a fronte di questa difficoltà, il concetto di ragionevolezza tende a ricomprendere nel proprio ambito semantico molteplici significati¹⁰, ciascuno dei quali corrisponde ad un criterio di controllo differente. Ciò, con l'ulteriore conseguenza di diventare una sorta di "passe partout"¹¹, mediante il quale la Corte Costituzionale riesce a far apparire un'uniformità di giudizio che in realtà non è possibile riscontrare.

La vaghezza concettuale dell'espressione ragionevolezza, inoltre, fa sì che di tale principio e del relativo controllo di costituzionalità siano state offerte numerose ricostruzioni da parte della dottrina italiana. Così, ad esempio, il Prof. Zagrebelsky ha suddiviso il giudizio di ragionevolezza in irrazionalità, irragionevolezza ed ingiustizia¹²; il Prof. Scaccia ha, invece, proposto una distinzione tra razionalità sistematica (o coerenza), efficienza strumentale (o congruenza) e giustizia-equità¹³; il Prof. Lavagna, infine, nel tracciare lo schema degli strumenti che compongono la ragionevolezza, ha individuato i seguenti profili: i giudizi sulla corrispondenza, sulle finalità, sulla pertinenza, sulla congruità e sulla coerenza¹⁴.

⁸ G. Zagrebelsky, *Su tre aspetti della ragionevolezza*, in *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza della Corte Costituzionale. Riferimenti comparatistici*, cit., p. 21.

⁹ L. Paladin, *Esiste un principio di ragionevolezza nella giurisprudenza costituzionale*, in *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza della Corte Costituzionale. Riferimenti comparatistici*, cit., p. 163.

¹⁰ M. Luciani, *Lo spazio della ragionevolezza nel giudizio costituzionale*, in *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza della Corte Costituzionale. Riferimenti comparatistici*, cit., p. 246.

¹¹ R. Romboli, *Ragionevolezza, motivazione delle decisioni ed ampliamento del contraddittorio nei giudizi costituzionali*, in *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza della Corte Costituzionale. Riferimenti comparatistici*, cit., p. 230.

¹² G. Zagrebelsky, V. Marcenò, *Giustizia Costituzionale. Storia, principi, interpretazioni*, Vol. I, Bologna, Il Mulino, 2018, pp. 163-180.

¹³ G. Scaccia, *Gli strumenti della ragionevolezza nel giudizio costituzionale*, Milano, Giuffrè Editore, 2000, pp. 182-262.

¹⁴ C. Lavagna, *Ragionevolezza e legittimità costituzionale*, cit., pp. 1583-1587.

Dopo queste brevi considerazioni di carattere generale, è opportuno approfondire alcuni elementi del principio di ragionevolezza nell'esperienza costituzionale italiana, dalla cui trattazione non si può prescindere nell'ottica del presente capitolo. Il riferimento è ai seguenti aspetti, in precedenza solamente accennati: il rapporto tra la ragionevolezza ed il principio di eguaglianza, la successiva emancipazione della ragionevolezza da quest'ultimo, nonché l'eterogenea serie di criteri attraverso cui si esplica il controllo di ragionevolezza. Fra quest'ultimi, particolare rilevanza sarà attribuita alla ragionevolezza nell'accezione di proporzionalità-adequatezza.

II.1. Ragionevolezza e principio di uguaglianza

Il canone della ragionevolezza rinviene la propria giustificazione, all'interno dell'ordinamento costituzionale italiano, nel principio di uguaglianza; analogamente, il controllo di ragionevolezza ha origine e si sviluppa a partire dal sindacato condotto alla stregua dell'articolo 3 della Costituzione¹⁵.

Il nesso che, nell'ambito del sistema di giustizia costituzionale italiano, si instaura tra il concetto di ragionevolezza e quello di uguaglianza può essere così spiegato. Se il principio di uguaglianza viene letto attraverso la massima secondo cui a situazioni uguali deve essere praticato un uguale trattamento, mentre a situazioni diverse deve essere riservato un differente trattamento, ogni giudizio di uguaglianza impone di porsi due interrogativi, in entrambi i quali viene in rilievo l'idea della ragionevolezza. Il primo richiede di domandarsi se il legislatore abbia ragionevolmente valutato le diversità e le analogie fra le varie categorie di destinatari del dettato normativo. Il secondo, invece, riguarda la ragionevolezza della scelta del trattamento legislativo da porre in essere, operata sulla base della preliminare valutazione di diversità/eguaglianza, oggetto del primo quesito. Interpretando in tal modo il principio di uguaglianza, si finisce necessariamente per evocare il principio di ragionevolezza; infatti, se il concetto di uguaglianza

¹⁵ Per un approfondimento sul tema, si rinvia a G. Scaccia, *Gli strumenti della ragionevolezza nel giudizio costituzionale*, cit., pp. 27-89.

ruota intorno al problema della giustificabilità delle scelte compiute dal legislatore, oltre che alla identità o alla diversità di determinate situazioni, allora è evidente che non è possibile affrontare tale profilo prescindendo dal concetto di ragionevolezza.

Il controllo di ragionevolezza nell'ambito del giudizio di uguaglianza si è sviluppato a partire dagli anni '60 del secolo scorso; in precedenza, infatti, la Corte Costituzionale aveva preferito non sindacare le scelte compiute in sede legislativa, salvo il limite delle discriminazioni soggettive, previste esplicitamente dal primo comma dell'articolo 3 della Costituzione¹⁶. Tale indirizzo, tuttavia, è stato superato a distanza di pochi anni e la Corte Costituzionale ha aperto la strada al controllo di ragionevolezza, nel momento in cui ha affermato che *“il principio di eguaglianza è violato anche quando la legge, senza un ragionevole motivo, faccia un trattamento diverso ai cittadini che si trovino in eguali situazioni”*¹⁷. Così facendo, la Corte Costituzionale ha espressamente riconosciuto la possibilità di sindacare le disposizioni legislative, non solo qualora esse violino il divieto di discriminazione in relazione alle differenziazioni soggettive previste dal primo comma dell'articolo 3, ma anche nel caso in cui una legge instauri differenze di trattamento che appaiono non ragionevoli. Così, vengono introdotte, nell'ambito del giudizio sul rispetto del principio di uguaglianza, valutazioni di

¹⁶ A tal proposito, si veda la decisione Corte Costituzionale, 16 gennaio 1957, n. 3, ove la Corte ha affermato quanto segue: *“Questo principio non va inteso nel senso che il legislatore non possa dettare norme diverse per regolare situazioni che esso ritiene diverse, adeguando così la disciplina giuridica agli svariati aspetti della vita sociale. Ma lo stesso principio deve assicurare ad ognuno eguaglianza di trattamento, quando eguali siano le condizioni soggettive ed oggettive alle quali le norme si riferiscono per la loro applicazione. La valutazione della rilevanza delle diversità di situazioni in cui si trova i soggetti dei rapporti da regolare non può non essere riservata alla discrezionalità del legislatore, salva l'osservanza dei limiti stabiliti nel primo comma del citato art. 3”*. Si veda, altresì, Corte Costituzionale, 22 gennaio 1957, n. 28, ove la Corte dava atto che *“la valutazione della rilevanza delle diversità di situazioni in cui si trovano i soggetti dei rapporti da disciplinare non può non essere riservata al potere discrezionale del legislatore, salva l'osservanza dei limiti stabiliti nel primo comma dell'art. 3 della Costituzione, ai sensi del quale le distinzioni di sesso, di razza, di lingua, di religione, di opinioni politiche e di condizioni personali e sociali non possono essere assunte quali criteri validi per l'adozione di una disciplina diversa”*.

¹⁷ Corte Costituzionale, 16 marzo 1960, n. 15. Si veda, inoltre, Corte Costituzionale, 9 luglio 1959, n. 46.

ragionevolezza, che consentono di affermare l'incostituzionalità di leggi ritenute irragionevoli ed ingiustificate, in quanto suscettibili di porre arbitrarie differenziazioni tra soggetti che si trovano nella medesima situazione, ovvero arbitrarie assimilazioni tra soggetti in situazioni diverse.

Il sindacato di ragionevolezza nell'ambito del principio di uguaglianza si svolge attraverso un preciso percorso logico-argomentativo: in primo luogo, viene individuato il termine di paragone del giudizio di uguaglianza; successivamente, si procede al suo raffronto con la norma impugnata per violazione dell'articolo 3 della Costituzione, al fine di verificare se la previsione legislativa censurata pone in essere un trattamento irragionevole e, come tale, non giustificato¹⁸. In via di approssimazione, si può affermare che la decisione sia nel senso dell'accoglimento qualora, senza alcuna giustificazione, situazioni analoghe sono diversamente disciplinate o fattispecie diverse sono assimilate; sia nel senso del rigetto se, viceversa, è dato rinvenire un ragionevole motivo di distinzione o di equiparazione tra le situazioni a confronto. Pertanto, l'accertamento della violazione del principio di uguaglianza presuppone il confronto fra tre norme: l'art. 3 della Costituzione e due norme di legge ordinaria. Una è quella della cui legittimità costituzionale si discute e l'altra è il termine di raffronto, necessario per accertare l'eventuale irragionevole disparità di trattamento: il c.d. *tertium comparationis*. Di conseguenza, il sindacato di ragionevolezza-uguaglianza può definirsi come un giudizio triadico (o ternario, o trilatero), all'interno del quale l'articolo 3 della Costituzione è posto al vertice di un ipotetico triangolo e le disposizioni ordinarie, termini della comparazione, sono collocate agli angoli di base¹⁹.

¹⁸ Si veda, al riguardo, Corte Costituzionale, 30 gennaio 1980, n. 10, ove la Corte ha affermato che “le valutazioni di legittimità costituzionale sul rispetto del principio di eguaglianza, sebbene operabili e concretamente operate nelle forme più diverse e nei più vari settori dell'ordinamento giuridico, comportano per definizione che la normativa impugnata venga posta a raffronto con un'altra o con altre normative (sia pure estendendo l'indagine alle difettose previsioni ovvero alle lacune dell'ordinamento giuridico), per stabilire in tal modo se il legislatore abbia dettato disposizioni così poco ragionevoli da doversi ritenere costituzionalmente illegittime”.

¹⁹ Per quanto concerne la struttura del giudizio di uguaglianza-ragionevolezza, si rinvia a A. Morrone, *Il custode della ragionevolezza*, Milano, Giuffrè Editore, 2001, pp. 79-97. Si veda,

II.2. L'emancipazione dal principio di uguaglianza e la conseguente espansione del campo di applicazione della ragionevolezza

Ben presto la ragionevolezza si è affrancata dal principio di eguaglianza e dal connesso schema ternario, per diventare un canone di giudizio a sé stante. In tal modo, il sindacato di ragionevolezza ha assunto progressivamente forme più libere, rispetto a quelle ancorate al principio di uguaglianza, ed è giunto ad utilizzare parametri costituzionali diversi dall'articolo 3 della Costituzione.

Si pensi, ad esempio, ai commi primo e secondo dell'articolo 24 della Costituzione, i quali prevedono rispettivamente il diritto di agire e di difendersi in giudizio. Tali diritti sono governati dal principio di effettività della tutela giurisdizionale, il quale presuppone, a sua volta, che il legislatore abbia effettuato scelte ragionevoli. Con riferimento, dunque, all'articolo 24 della Costituzione, la ragionevolezza assume il significato di adeguatezza ed effettività della tutela giurisdizionale, con il conseguente divieto di renderla irragionevolmente ed eccessivamente gravosa²⁰.

Analogamente, si prenda in considerazione il comma 5 dell'articolo 13 della Costituzione, il quale riserva alla legge il compito di individuare i limiti massimi della carcerazione preventiva. A tal proposito, la Corte Costituzionale ha affermato che è necessario non solo verificare il rispetto della riserva assoluta di legge, ma anche *“operare il controllo sulla ragionevolezza dei termini massimi della carcerazione preventiva”*²¹.

Gli esempi di disposizioni costituzionali che comportano un sindacato condotto alla stregua del principio di ragionevolezza potrebbero essere assai più numerosi.

altresi, R. Bin, *Ragionevolezza e divisione dei poteri*, in M. La Torre e A. Spadaro (a cura di), *La ragionevolezza nel diritto*, Torino, Giappichelli Editore, 2002, pp. 60-62.

²⁰ A titolo esemplificativo, si vedano le seguenti decisioni: Corte Costituzionale, ordinanza 9 novembre 1993, n. 309; Corte Costituzionale, 23 novembre 1993, n. 406; Corte Costituzionale, 30 dicembre 1993, n. 474; Corte Costituzionale, 26 gennaio 1994, n. 5; Corte Costituzionale, 3 marzo 1994, n. 69; Corte Costituzionale, 13 giugno 1995, n. 237.

²¹ Corte Costituzionale, 1 febbraio 1982, n. 15.

Vengono in rilievo, solo per citarne alcune, le seguenti fattispecie: l'articolo 18 sulla libertà di associazione²², l'articolo 19 sulla libertà religiosa²³, gli articoli 41 e 43 con riferimento alle clausole delle finalità sociali e dell'utilità generale²⁴, l'articolo 42 per quanto concerne i motivi di interesse generale²⁵, nonché l'articolo 97 nella parte in cui prevede il principio di buon andamento dell'azione amministrativa²⁶.

In sostanza, la Corte Costituzionale ha progressivamente dilatato il campo di applicazione del canone della ragionevolezza, ormai non più circoscritto al principio di eguaglianza. Al giorno d'oggi, infatti, il canone della ragionevolezza viene impiegato dalla Corte Costituzionale con riferimento a quasi tutte le disposizioni della Costituzione ed in particolar modo nei confronti di quelle istitutive di un diritto fondamentale. In altri termini, è rintracciabile un'eterogenea serie di previsioni costituzionali che implicano un sindacato di ragionevolezza; cosicché l'ambito di applicazione della ragionevolezza è diventato così ampio che risulta possibile giustificare le affermazioni svolte in precedenza in merito alla pervasività ed all'onnipresenza di tale principio nei giudizi di costituzionalità delle leggi²⁷.

Il percorso di emancipazione compiuto dal principio di ragionevolezza, tuttavia, si è spinto oltre e ciò è avvenuto in una duplice direzione. Da un lato, la Corte Costituzionale è giunta a valutare l'intrinseca ragionevolezza della legge, intesa sia come imperativo di giustizia sia come incoerenza intrinseca, con una tecnica che prescinde dall'indicazione di qualsiasi riferimento normativo²⁸. Dall'altro

²² Si veda, ad esempio, Corte Costituzionale, 25 novembre 1993, n. 417.

²³ Cfr., tra le altre, Corte Costituzionale, 19 dicembre 1991, n. 467.

²⁴ Si vedano, tra le altre, le seguenti decisioni: Corte Costituzionale, 14 giugno 1962, n. 54; Corte Costituzionale, 10 ottobre 1983, n. 301; Corte Costituzionale, 8 febbraio 1991, n. 63.

²⁵ A titolo esemplificativo: Corte Costituzionale, 24 febbraio 1964, n. 14; Corte Costituzionale, 30 gennaio 1980, n. 5; Corte Costituzionale, 8 maggio 1995, n. 155.

²⁶ Si veda, ad esempio, Corte Costituzionale, 24 febbraio 1995, n. 63.

²⁷ Si rinvia, al riguardo, *supra* Par. II.

²⁸ Il tema è dibattuto in dottrina, dal momento che si registrano posizioni divergenti in merito alla facoltà della Corte Costituzionale di sindacare anche l'intrinseca irragionevolezza della legge. Per un orientamento positivo, volto a riconoscere tale possibilità, si veda G. Zagrebelsky, *Su tre*

lato, a partire dagli anni '80, ha ulteriormente ampliato la sfera di intervento del canone della ragionevolezza, affiancandolo alla tecnica del bilanciamento dei diritti ed interessi costituzionalmente rilevanti²⁹. In particolare, secondo la Corte Costituzionale, “ogni volta che il legislatore è tenuto a bilanciare distinti valori costituzionali, non può affatto essere preclusa la via del controllo di questa Corte in ordine alla congruità e alla ragionevolezza del bilanciamento compiuto”³⁰. Il nesso tra bilanciamento e ragionevolezza diventerà, poi, una componente essenziale dei giudizi di costituzionalità delle leggi, dal momento che la Corte Costituzionale, ogni qualvolta ha dovuto bilanciare diritti ed interessi confliggenti, ha costantemente affermato che un buon bilanciamento deve ispirarsi anche al canone della ragionevolezza. Quest’ultima diventa, in tal modo, uno dei criteri tramite cui valutare la bontà del bilanciamento posto in essere dal legislatore³¹.

II.3. I criteri della ragionevolezza

Il principio di ragionevolezza non allude ad un solo contenuto, ma è una formula che ricomprende molteplici riferimenti. Come si è osservato, il termine ragionevolezza mal si presta ad essere racchiuso in un’unica formulazione verbale, in quanto si correla ad una pluralità di significati³². In maniera speculare, il sindacato di costituzionalità condotto mediante il principio di ragionevolezza implica una serie indeterminabile di criteri, attraverso cui valutare le scelte compiute dal legislatore³³. Così, il controllo di ragionevolezza può comportare valutazioni in merito alla pertinenza, alla coerenza, alla congruità ed

aspetti della ragionevolezza, in Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza della Corte Costituzionale. Riferimenti comparatistici, cit., pp. 184-191. In senso contrario, si veda P. Barile, Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza della Corte Costituzionale, in Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza della Corte Costituzionale. Riferimenti comparatistici, cit., pp. 36-42.

²⁹ E. Cheli, *Stato Costituzionale e ragionevolezza*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2011, pp. 13-14.

³⁰ Corte Costituzionale, 31 marzo 1994, n. 108.

³¹ Si rinvia *infra* al Par. II.4. ed al Par. IV., nonché alle note 44, 54, 55, 56.

³² Si rinvia alle considerazioni svolte *supra* Par. II.

³³ Si veda L. Paladin, *Ragionevolezza (principio di)*, in *Enciclopedia del diritto*, Aggiornamento I, Milano, Giuffrè Editore, 1997, pp. 901-902. Si veda, altresì, R. Bin, *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Milano, Giuffrè Editore, 1992, p. 46.

all'adeguatezza, alla non arbitrarietà, ma anche alla razionalità ed alla proporzionalità³⁴.

Talvolta tali canoni sono richiamati insieme, quasi fossero sinonimi; talaltra invece ciascun parametro richiede verifiche proprie che lo differenziano dagli altri.

Per quanto concerne la prima ipotesi, la Corte Costituzionale ha esplicitamente riconosciuto che *“tale sindacato potrebbe consistere anche in una valutazione circa la proporzionalità, la congruità, l'adeguatezza, l'eccessività, l'equilibrio del mezzo rispetto al fine perseguito, risolvendosi in una valutazione di ragionevolezza della scelta legislativa”*³⁵. Come si nota, le espressioni proporzionalità, congruità, adeguatezza, eccessività ed equilibrio del mezzo rispetto al fine concorrono, insieme e senza distinzioni, a dare forma al controllo di ragionevolezza. Tale impostazione si rinviene in numerose decisioni della Corte Costituzionale³⁶: ad esempio, nella sentenza n. 240/2017, la Corte Costituzionale ha affermato che il controllo di ragionevolezza comporta *“considerazioni di adeguatezza, pertinenza, proporzionalità, coerenza”*. In senso analogo, nella pronuncia n. 2/1999, è stato dichiarato incostituzionale il meccanismo che comportava l'automatica radiazione di diritto dall'albo dei ragionieri e periti commercialisti a seguito di condanna penale per alcune tipologie di reato, dal momento che tale automatismo³⁷ risultava essere *“irragionevole, contrastando con il principio di proporzione, che è alla base della*

³⁴ A. Anzon, *Modi e tecniche del controllo di ragionevolezza*, in R. Romboli (a cura di), *La giustizia costituzionale a una svolta*, Atti del seminario di Pisa del 5 maggio 1990, Torino, Giappichelli Editore, 1991, p. 32.

³⁵ Corte Costituzionale, ordinanza 12 luglio 2017, n. 171.

³⁶ A tal proposito, si vedano le seguenti decisioni: Corte Costituzionale, 23 novembre 2007, n. 401; Corte Costituzionale, 11 febbraio 2015, n. 10; Corte Costituzionale, 30 aprile 2015, n. 70; Corte Costituzionale, 1 dicembre 2017, n. 250.

³⁷ Per quanto concerne il tema degli automatismi legislativi e del controllo di costituzionalità esercitato attraverso i canoni della ragionevolezza, della proporzionalità e dell'uguaglianza, si veda anche Corte Costituzionale, 9 febbraio 2018, n. 22, ove la Corte ha dichiarato l'illegittimità costituzionale di una disposizione del Nuovo Codice della Strada che prevedeva l'automatico ritiro della patente di guida di colui che avesse subito una condanna per un reato in materia di stupefacenti.

*razionalità che informa il principio di eguaglianza*³⁸. Anche in questa occasione, i termini ragionevolezza, proporzionalità, razionalità ed uguaglianza vengono impiegati, in un unico passaggio argomentativo, per dichiarare l'illegittimità costituzionale della disposizione impugnata.

Con riferimento alla seconda ipotesi, è possibile distinguere i vari canoni della ragionevolezza, a seconda delle considerazioni che ciascuno comporta. Al riguardo, risulta utile richiamare lo schema delineato dal Prof. Lavagna³⁹. Ad esempio: il giudizio di pertinenza consiste nel valutare se la strumentazione scelta per perseguire una determinata finalità si trovi con quest'ultima in "*rapporto di ragionevole strumentazione*"⁴⁰, o se invece sia totalmente estranea all'obiettivo dichiarato; la congruità (o adeguatezza) comporta un controllo meno penetrante rispetto alla pertinenza: essa postula la verifica in merito all'idoneità dei mezzi scelti dal legislatore nel perseguire scopi di rilievo costituzionale, con l'obiettivo di individuare quegli strumenti che risultino palesemente inadatti; la coerenza, viceversa, presuppone un sindacato interno alla lettera ed allo spirito della legge, per verificare che la disposizione impugnata non sia intrinsecamente contraddittoria; in particolare, la coerenza non si rinviene qualora le statuizioni risultino in contrasto logico con le premesse o, comunque, con altre parti del testo della disposizione impugnata⁴¹.

Fra i vari parametri attraverso cui può esprimersi il principio di ragionevolezza, è stata menzionata anche la proporzionalità. Per la rilevanza che ricopre il sindacato di ragionevolezza-proporzionalità nell'ottica del presente lavoro, ad esso sarà interamente dedicato il paragrafo successivo.

³⁸ Corte Costituzionale, 21 gennaio 1999, n. 2.

³⁹ C. Lavagna, *Ragionevolezza e legittimità costituzionale*, cit., pp. 1583-1587. A tal proposito, si veda *supra* Par. II.

⁴⁰ C. Lavagna, *Ragionevolezza e legittimità costituzionale*, cit., p. 1584.

⁴¹ Per un approfondimento sui canoni della pertinenza, dell'adeguatezza e della contraddittorietà, si rinvia a A. M. Sandulli, *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza costituzionale*, in *Diritto e società*, 1975, 561, pp. 569-574.

II.4. Il giudizio di ragionevolezza-proporzionalità

Il concetto di ragionevolezza è stato declinato nella giurisprudenza costituzionale anche nella formula della proporzionalità. Sul tema, è anzitutto da ricordare la sentenza n. 1130/1988, con la quale la Corte Costituzionale ha per la prima volta elaborato una definizione del sindacato di ragionevolezza nell'accezione di proporzionalità, distinguendolo peraltro dal giudizio di merito. Si trattava di una questione sollevata in via principale, inerente la legittimità costituzionale di una legge della Regione Lombardia, sul finanziamento dei gruppi consiliari. In particolare, tale disposizione aveva previsto sia un aumento dei contributi, sia un incremento della disponibilità di personale a favore dei gruppi. Il Governo aveva impugnato la legge regionale, in quanto riteneva violato il principio del buon andamento della pubblica amministrazione di cui all'articolo 97 della Costituzione: secondo le tesi del Governo, da un lato l'erogazione finanziaria prevista dalla disposizione censurata sarebbe stata sproporzionata rispetto alle oggettive necessità dei servizi; dall'altro lato, l'aumento del personale non avrebbe trovato una giustificazione nell'incremento dei compiti e delle attività dei gruppi consiliari. Dal canto suo, la Regione Lombardia aveva eccepito l'inammissibilità del ricorso, in quanto a parer suo si trattava di censure di merito e non di legittimità costituzionale, dal momento che il ricorso contestava aspetti di quantità e di misura rispetto ai quali non era possibile determinare quale fosse il limite, superato il quale le disposizioni impugnate dovevano essere considerate illegittime.

La Corte Costituzionale, nel respingere l'eccezione sollevata dalla Regione, ha colto l'occasione per affiancare, al giudizio di ragionevolezza, il canone della proporzionalità. Nell'ottica della Corte, la censura avanzata dal Governo, secondo cui non era ravvisabile una giustificata proporzione tra le risorse finanziarie e di personale, che la legge impugnata metteva a disposizione dei gruppi consiliari, e le esigenze obbiettive cui quest'ultimi dovevano far fronte nella loro attività istituzionale, configurava un'ipotesi di sindacato di ragionevolezza. Secondo la Corte, *“il giudizio di ragionevolezza, lungi dal comportare il ricorso a criteri di*

valutazione assoluti e astrattamente prefissati, si svolge attraverso ponderazioni relative alla proporzionalità dei mezzi prescelti dal legislatore nella sua insindacabile discrezionalità rispetto alle esigenze obbiettive da soddisfare o alle finalità che intende perseguire, tenuto conto delle circostanze e delle limitazioni concretamente sussistenti. Sicché, diversamente da quanto suppone la resistente, l'impossibilità di fissare in astratto un punto oltre il quale scelte di ordine quantitativo divengono manifestamente arbitrarie e, come tali, costituzionalmente illegittime, non può essere validamente assunta come elemento connotativo di un giudizio di merito, essendo un tratto che si riscontra, come s'è appena visto, anche nei giudizi di ragionevolezza⁴².

L'impostazione, che identifica il controllo di ragionevolezza con il parametro della proporzionalità, è stata, poi, più volte ripresa dalla Corte Costituzionale⁴³. All'attualità il criterio della proporzionalità-ragionevolezza rappresenta, infatti, uno dei principali parametri, sia per rilevanza che per frequenza, attraverso il quale viene eseguito il controllo di costituzionalità delle leggi ed, in particolare, mediante il quale viene valutato il bilanciamento di diritti ed interessi costituzionalmente rilevanti, posto in essere dal legislatore⁴⁴.

III. Il principio di proporzionalità: contenuto e fondamento normativo

Nell'ordinamento costituzionale italiano, il principio di proporzionalità risulta strettamente correlato al principio di ragionevolezza; in particolare, richiamando quanto affermato al paragrafo precedente, la proporzionalità rappresenta uno dei possibili criteri mediante i quali valutare la ragionevolezza di una previsione legislativa⁴⁵. Ciò premesso, è opportuno analizzare sia il contenuto, sia il

⁴² Corte Costituzionale, 22 dicembre 1988, 1130.

⁴³ Si vedano, a titolo esemplificativo: Corte Costituzionale, 24 giugno 2010, n. 227; Corte Costituzionale, 30 aprile 2015, n. 71; Corte Costituzionale, 18 giugno 2015, n. 113; Corte Costituzionale, 27 giugno 2017, n. 149.

⁴⁴ Si rinvia *infra* al Par. IV. ed alle note 54, 55, 56.

⁴⁵ Si veda G. Scaccia, *Gli strumenti della ragionevolezza nel giudizio costituzionale*, cit., pp. 296-297.

fondamento normativo, del principio di proporzionalità all'interno dell'ordinamento costituzionale italiano.

Per quanto concerne il primo aspetto, la proporzionalità costituisce una specificazione di un principio più ampio: il riferimento è al canone della ragionevolezza⁴⁶. Al riguardo, la Corte Costituzionale ha sottolineato tale peculiarità, affermando in maniera esplicita che il principio di proporzionalità rappresenta “*una diretta espressione del generale canone di ragionevolezza*”⁴⁷. L'impostazione della Corte Costituzionale, che individua nel principio di proporzionalità una manifesta espressione del più generale criterio di ragionevolezza, è abbastanza diffusa in dottrina. A tal proposito, Aharon Barak ha impiegato le seguenti parole per descrivere il rapporto sussistente tra il principio di proporzionalità e quello di ragionevolezza: “*proportionality as stemming from the concept of reasonableness, and constituting one of its many applications*”⁴⁸.

Così ricostruita, la proporzionalità, al pari della ragionevolezza, esprime l'esigenza di controllare che la discrezionalità di cui gode il legislatore si muova nel rispetto dei principi e dei valori costituzionali. In particolare, in via generale, il controllo di costituzionalità condotto attraverso il criterio di proporzionalità è finalizzato a sanzionare la non equilibrata relazione tra gli strumenti legislativi posti in essere dal legislatore, rispetto alle finalità da perseguire. Con riferimento alle disposizioni legislative che incidono su di un diritto fondamentale, pertanto, tale principio richiede che la limitazione risulti giustificata dalla necessità di tutelare un altro interesse o diritto di rilievo costituzionale e, al tempo stesso, che ciò avvenga in una maniera che si dimostra essere la meno invasiva possibile.

⁴⁶ Si veda, al riguardo, N. Viceconte, *Proporzionalità e bilanciamento di interessi nelle decisioni delle Corti*, in G. Azzariti (a cura di), *Interpretazione costituzionale*, Torino, Giappichelli Editore, 2007, pp. 202-203.

⁴⁷ Corte Costituzionale, 1 giugno 1995, n. 220.

⁴⁸ A. Barak, *Proportionality. Constitutional Rights and their Limitations*, Cambridge, Cambridge University Press, 2012, p. 377.

Con riferimento al fondamento normativo, in Italia, diversamente da altre esperienze costituzionali, la proporzionalità non si presenta come un principio esplicito⁴⁹; al contrario, essa risulta un principio implicito. Infatti, dalle considerazioni svolte in precedenza si evince che il principio di proporzionalità rappresenta una specificazione del principio di ragionevolezza, il cui fondamento normativo si rinviene nel principio di uguaglianza di cui all'articolo 3 della Costituzione. L'iter argomentativo, tramite il quale è oggi possibile giustificare la presenza del principio di proporzionalità nell'ordinamento costituzionale italiano è il seguente: il principio di uguaglianza richiede di fare ricorso al canone della ragionevolezza; quest'ultima ha esteso il proprio ambito ed è diventata un parametro autonomo di valutazione degli interventi legislativi; in tale contesto, uno dei possibili criteri tramite il quale esaminare se una disposizione legislativa possa considerarsi ragionevole è, appunto, rappresentato dal principio di proporzionalità. Il rapporto tra principio di uguaglianza e proporzionalità è stato messo in risalto anche dalla Corte Costituzionale stessa che ha affermato l'esistenza nell'ordinamento costituzionale italiano del "*principio di proporzionalità ricavabile dall'art. 3, primo comma, Cost.*"⁵⁰.

In sostanza, il punto di partenza che consente oggi di affermare l'esistenza del principio di proporzionalità, è rappresentato dall'articolo 3 della Costituzione, con l'intermediazione della ragionevolezza. Peraltro, in maniera analoga al giudizio di ragionevolezza e come diretta conseguenza della progressiva espansione del suo campo di applicazione⁵¹, oggi il criterio della proporzionalità è impiegato anche e soprattutto al di fuori dei casi in cui viene in rilievo il giudizio di uguaglianza⁵². In particolare, nella giurisprudenza costituzionale italiana, il principio di

⁴⁹ Si pensi alle esperienze costituzionali di Canada e di Sudafrica. Nel caso dell'esperienza costituzionale canadese il fondamento normativo del principio di proporzionalità si rinviene nella Sezione 1 della Carta dei Diritti e delle Libertà del 1982, mentre per quanto concerne il Sudafrica viene in rilievo l'articolo 36 della Costituzione del 1996.

⁵⁰ Corte Costituzionale, 22 dicembre 2015, n. 272. Cfr. anche: Corte Costituzionale, 30 luglio 1997, n. 291.

⁵¹ Si veda *supra* Par. II.2.

⁵² N. Viceconte, *Proporzionalità e bilanciamento di interessi nelle decisioni delle Corti*, cit., p. 202.

proporzionalità unitamente al principio di ragionevolezza⁵³ assume notevole rilievo con riferimento alle operazioni di bilanciamento dei diritti fondamentali in conflitto. Tale aspetto, estremamente rilevante nell'ottica del presente lavoro, sarà approfondito nel paragrafo successivo.

IV. Bilanciamento e criteri di ragionevolezza e di proporzionalità

La Corte Costituzionale ha individuato nella ragionevolezza e nella proporzionalità i due principali parametri tramite cui vagliare la bontà del bilanciamento tra diritti in conflitto attuato dal legislatore. Infatti, la Corte ha affermato che il bilanciamento tra principi e diritti fondamentali deve “*essere valutato - dal legislatore nella statuizione delle norme e dal giudice delle leggi in sede di controllo - secondo criteri di proporzionalità e di ragionevolezza*”⁵⁴; in molteplici altre occasioni⁵⁵, la stessa Corte ha ribadito che il bilanciamento “*deve rispondere a criteri di proporzionalità e di ragionevolezza, in modo tale da non consentire né la prevalenza assoluta di uno dei valori coinvolti, né il sacrificio totale di alcuno di loro*”⁵⁶. Dunque, le operazioni di bilanciamento richiedono l'impiego simultaneo dei criteri di ragionevolezza e di proporzionalità.

Adesso, però, è opportuno comprendere le ragioni, oltre a quelle di carattere generale individuate nel capitolo iniziale⁵⁷, che nell'esperienza costituzionale italiana possono contribuire a giustificare l'esigenza di ricorrere ai canoni della ragionevolezza e della proporzionalità nel condurre operazioni di bilanciamento. A tal proposito, sembra possibile individuare due ordini di motivi, tra di loro connessi.

⁵³ Si veda *supra* Par. II.4.

⁵⁴ Corte Costituzionale, 9 maggio 2013, n. 85.

⁵⁵ Fra le tante: Corte Costituzionale, 24 gennaio 2017, n. 20; Corte Costituzionale, ordinanza 13 luglio 2017, n. 185.

⁵⁶ Corte Costituzionale, 23 marzo 2018, n. 58.

⁵⁷ Si rinvia al Par. VI.2.4. del capitolo I.

In primo luogo, la Costituzione italiana, al pari di tutte le Costituzioni pluraliste⁵⁸, riconosce ai diritti fondamentali in essa sanciti una tutela di carattere non assoluto. La Corte Costituzionale italiana ha sempre ammesso la facoltà del legislatore di apportare limitazioni ai diritti fondamentali, purché la discrezionalità legislativa sia circoscritta e non sfoci in arbitrio. Tale possibilità è stata altresì riconosciuta anche in presenza di quei diritti che la Costituzione espressamente definisce come “inviolabili” o che la Corte Costituzionale italiana ha qualificato come “assoluti”. In tali circostanze, infatti, è orientamento costante quello che consente di assoggettare anche i suddetti diritti a “ragionevoli limitazioni”⁵⁹, al fine di evitare una loro eccessiva interferenza con altri diritti fondamentali; analogamente, il riferimento al carattere assoluto che talvolta presentano determinati diritti fondamentali, sembra riferirsi al modo in cui una previsione legislativa è formulata, piuttosto che alludere al loro contenuto vero e proprio⁶⁰. Così, ad esempio, nei confronti del diritto alla libertà ed alla segretezza della corrispondenza e di ogni altra forma di comunicazione, la Corte Costituzionale ha osservato quanto segue: “*Il diritto inviolabile protetto dall’art. 15 Cost. può subire limitazioni o restrizioni in ragione dell’inderogabile soddisfacimento di un interesse pubblico primario costituzionalmente rilevante, sempreché l’intervento limitativo posto in essere sia strettamente necessario alla tutela di quell’interesse e sia rispettata la duplice garanzia della riserva assoluta di legge e della riserva di giurisdizione*”⁶¹. In sostanza, la prima ragione che permette di giustificare il ricorso ai canoni della ragionevolezza e della proporzionalità nel condurre le operazioni di bilanciamento si rinviene nell’esigenza di sottoporre ciascun diritto fondamentale a quelle limitazioni necessarie per integrarsi con una pluralità di altri diritti e valori, tipici di una Costituzione pluralista.

⁵⁸ Si rinvia al Par. V. del capitolo I.

⁵⁹ G. Pino, *Diritti e interpretazione. Il ragionamento giuridico nello Stato costituzionale*, cit., p. 8.

⁶⁰ R. Bin, *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, cit., pp. 33-35.

⁶¹ Corte Costituzionale, 24 gennaio 2017, n. 20. Sul tema della possibilità di apportare limitazioni a quei diritti considerati inviolabili, si vedano altresì le seguenti decisioni: Corte Costituzionale, 23 luglio 1991, n. 366; Corte Costituzionale, 24 febbraio 1994, n. 63; Corte Costituzionale, 14 novembre 2006, n. 372; Corte Costituzionale, 8 luglio 2010, n. 249.

L'impiego dei parametri della ragionevolezza e della proporzionalità si correla ad un'ulteriore peculiarità dell'ordinamento italiano. A differenza di altre esperienze costituzionali, come ad esempio gli Stati Uniti⁶², in Italia non è possibile individuare una gerarchia di diritti fondamentali predeterminata in astratto⁶³; tanto che la Corte Costituzionale si è mostrata alquanto prudente nell'attribuire posizioni di prevalenza a determinati diritti⁶⁴. Pertanto, non è possibile risolvere un conflitto tra diritti fondamentali facendo riferimento ad una gerarchia astratta, in grado di determinare quale diritto in assoluto “pesa” di più e, di conseguenza, quale diritto debba trovare maggiore soddisfazione in tutte le fattispecie concrete in cui viene in rilievo.

Proprio dall'assenza di un criterio preventivo di risoluzione del conflitto tra libertà fondamentali, deriva la necessità di fare ricorso ai canoni della ragionevolezza e della proporzionalità nel porre in essere e nel valutare il bilanciamento tra diritti contrastanti. Infatti, dapprima la Corte Costituzionale ha affermato l'esigenza di “*individuare un punto di equilibrio ... dinamico e non prefissato in anticipo*”⁶⁵ tra tutti i vari diritti tutelati dalla Costituzione; poi, ha sottolineato che nel fare ciò è necessario “*un continuo e vicendevole bilanciamento tra principi e diritti fondamentali, senza pretese di absolutezza per nessuno di essi, nel rispetto dei canoni di proporzionalità e di ragionevolezza*”⁶⁶.

⁶² Si rifletta, a tal proposito, sulla dottrina delle *preferred positions* elaborata dalla Corte Suprema degli Stati Uniti, la quale ha riconosciuto che alcune libertà sono più importanti di altre. Tale impostazione ha prodotto due ulteriori conseguenze: in primo luogo, le libertà qualificate “*preferred*” sono destinate a prevalere nei confronti delle altre; in secondo luogo, tali diritti necessitano di un controllo particolarmente severo ed attento affinché si possa giustificare una loro limitazione. Si rinvia al Par. IV. ed al Par. IV.2. del Capitolo IV, relativo alla Corte Suprema degli Stati Uniti.

⁶³ Si veda, al riguardo, G. Scaccia, *Gli strumenti della ragionevolezza nel giudizio costituzionale*, cit., pp. 332-338.

⁶⁴ È opportuno tenere ben distinte, da un lato le gerarchie di diritti definite in astratto e, dall'altro lato, la categoria dei principi supremi che si atteggia, invece, come limite alle operazioni di bilanciamento. Si veda *infra* Par. VI.2.

⁶⁵ Corte Costituzionale 9 maggio 2013, n. 85. Si veda, inoltre, Corte Costituzionale, 11 gennaio 2017, n. 7.

⁶⁶ Corte Costituzionale, 24 gennaio 2017, n. 20. Si veda, altresì, Corte Costituzionale, 11 febbraio 2015, n. 10.

In definitiva, si può ragionevolmente affermare che nella giurisprudenza costituzionale italiana il bilanciamento si presenta come un'operazione dinamica, slegata da criteri astratti e predeterminati e guidata dai canoni di proporzionalità e di ragionevolezza. E, dunque, il principio di proporzionalità rappresenta un parametro essenziale, di cui la Corte Costituzionale non può fare a meno nel momento in cui è chiamata a vagliare la ragionevolezza del bilanciamento posto in essere dal legislatore⁶⁷. In particolare, potrà essere considerato un buon bilanciamento quello che non comporta un sacrificio sproporzionato di uno o più diritti in conflitto.

* * *

L'assoluta rilevanza del principio di proporzionalità nelle valutazioni svolte dai giudici costituzionali impone di verificare se a tale centralità corrisponde anche l'elaborazione di uno standard argomentativo, tramite cui dare forma e concretezza al contenuto di tale principio. L'attenzione, dunque, si sposta dal principio di proporzionalità ad un eventuale test di proporzionalità. L'interrogativo cui il prosieguo della trattazione cercherà di fornire risposta è se la Corte Costituzionale, oltre ad impiegare in maniera costante la proporzionalità come criterio di valutazione, ha anche formulato un test di proporzionalità in grado di rappresentare un efficace schema interpretativo per condurre la verifica in merito alla proporzionalità ed alla ragionevolezza di una determinata soluzione legislativa.

⁶⁷ A titolo esemplificativo, si veda Corte Costituzionale, 10 gennaio 1997, n. 1, ove la Corte, pronunciandosi su di una questione inerente la confisca dei beni destinati alla commissione del reato di contrabbando, che irragionevolmente sanzionava anche i terzi acquirenti, senza peraltro concedere loro la possibilità di dimostrare la buona fede dell'acquisto, ha affermato quanto segue: *“adeguatezza e proporzionalità costituiscono vincoli generali dell'attività legislativa intesa a comprimere diritti dei privati”*.

V. La proporzionalità come tecnica interpretativa: il tradizionale approccio de-strutturato da parte della Corte Costituzionale

Per quanto concerne la proporzionalità, nell'accezione di standard argomentativo, la Corte Costituzionale italiana si è contraddistinta nel corso degli anni per un approccio diverso, rispetto a quello che ha caratterizzato altre Corti costituzionali⁶⁸. Invero, con l'eccezione di alcune pronunce intervenute negli ultimi anni, la Corte Costituzionale italiana non ha formulato, in maniera espressa, un test di proporzionalità mediante il quale dare forma e contenuto al principio di proporzionalità. Il suo approccio viene, pertanto, definito "de-strutturato" e con tale espressione si vuole indicare l'assenza di uno schema interpretativo, articolato in tre o quattro passaggi disposti in progressione, tramite cui valutare la costituzionalità di una disposizione legislativa che interferisce con uno o più diritti fondamentali⁶⁹. In altre parole, non è possibile rinvenire - o almeno non lo era fino a pochi anni fa - un modello generale di percorso argomentativo, cui fare riferimento per verificare la correttezza del bilanciamento posto in essere dal legislatore e, più in generale, per risolvere casi di conflitto tra interessi e diritti costituzionalmente rilevanti⁷⁰.

Ciò premesso, è opportuno precisare che le varie fasi, singolarmente considerate, di cui generalmente si compone il test di proporzionalità e che, nel capitolo introduttivo, sono state individuate nella legittimità, nella idoneità, nella necessità e nella proporzionalità in stretto⁷¹, ricorrono con alterna frequenza nelle motivazioni delle decisioni della Corte Costituzionale. Infatti, sebbene non sia possibile parlare di struttura quadripartita della proporzionalità, la Corte Costituzionale ha svolto con una certa regolarità le valutazioni proprie di ciascuna componente del test. In particolare, l'attenzione della Corte sembra concentrarsi

⁶⁸ Si pensi, ad esempio, alla Corte Suprema del Canada, analizzata nel capitolo II.

⁶⁹ M. Cartabia, *I principi di ragionevolezza e proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale italiana*, cit., pp. 6-7.

⁷⁰ A. Morrone, *Il custode della ragionevolezza*, cit., p. 192. Si veda, altresì, N. Viceconte, *Proporzionalità e bilanciamento di interessi nelle decisioni delle Corti*, cit., pp. 202-204.

⁷¹ Si rinvia ai Parr. VII e seguenti del capitolo I.

su un duplice ordine di questioni. In primo luogo, sul rapporto mezzi-fini, le cui considerazioni contraddistinguono il secondo ed il terzo passaggio del test di proporzionalità (idoneità e necessità); sovente tale tipologia di considerazioni è preceduta da alcune valutazioni in merito agli obiettivi attesi dalla disposizione impugnata, che assomigliano alla fase della legittimità. In secondo luogo, sugli effetti in concreto della disposizione impugnata, in maniera sostanzialmente analoga alle valutazioni effettuate con la quarta componente del test (proporzionalità in senso stretto).

V.1. Le valutazioni in merito agli obiettivi ed alla congruità dei mezzi rispetto alle finalità

La Corte Costituzionale, con una certa frequenza, ha effettuato valutazioni in merito al rapporto sussistente tra lo strumento scelto dal legislatore e le finalità da perseguire, talvolta ancorandole ad una preventiva verifica in merito alla natura degli obiettivi medesimi. In particolare, nel linguaggio della Corte, tale categoria di valutazioni ha avuto ad oggetto sia la congruenza e l'adeguatezza del mezzo rispetto al fine, sia l'idoneità e la necessità della strumentazione scelta⁷².

Fra le molteplici decisioni cui sarebbe possibile far riferimento⁷³, saranno di seguito analizzate quelle che sembrano essere maggiormente significative nell'ottica del presente lavoro.

⁷² Si veda, al riguardo, N. Viceconte, *Proporzionalità e bilanciamento di interessi nelle decisioni delle Corti*, cit., pp. 202-210.

⁷³ Ad esempio, nella sentenza, Corte Costituzionale, 15 dicembre 2016, n. 267, la Corte fa espresso riferimento al “*test di ragionevolezza in ordine alla congruità tra mezzi e fini*”. Analogamente, nella pronuncia più risalente nel tempo, Corte Costituzionale, 3 giugno 1970, n. 78, la Corte ha affermato quanto segue: “*Alla Corte è consentito di verificare lo scopo di una legge quando si contesta la legittimità di quest'ultima nel confronto di una norma costituzionale che vincola ad un fine la discrezionalità legislativa; ed alla Corte è anche consentito di vagliare il rapporto di congruità tra mezzi e fini, per salvaguardare la libertà garantita contro interventi arbitrariamente restrittivi o contro interventi che praticamente annullano il diritto primario inerente alla libertà stessa*”. Si vedano, inoltre, le seguenti decisioni, nella quali la Corte ha affermato che rientra fra le sue prerogative quella di esercitare il giudizio di congruità tra mezzi e fini: Corte Costituzionale, 7 febbraio 1963, n. 12; Corte Costituzionale, 3 aprile 1963, n. 39; Corte Costituzionale, 22 gennaio 1987, n. 14; Corte Costituzionale, 13 gennaio 2004, n. 14; Corte

Ad esempio, in una sentenza avente ad oggetto alcune disposizioni del “vecchio” Codice dei Contratti pubblici (D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163), con riferimento alle censure mosse nei confronti dell’articolo 4, comma 3, la Corte Costituzionale ha dapprima affermato che rientra fra le sue facoltà quella di *“effettuare uno scrutinio di costituzionalità sui singoli atti legislativi dello Stato, al fine di stabilire se la scelta in concreto adottata sia ragionevole e proporzionata rispetto all’obbiettivo prefissato”*; in seguito ha puntualizzato che *“la ratio di questo controllo risiede proprio nella natura della materia in esame: essa, infatti, non ha un ambito definito, ma si caratterizza per le specifiche finalità perseguite”*. In tale prospettiva - ha proseguito la Corte - *“si giustifica un controllo di costituzionalità, guidato dai criteri della proporzionalità ed adeguatezza, volto a saggiare la congruità dello strumento utilizzato rispetto al fine di rendere attivi i fattori determinanti dell’equilibrio economico generale”*⁷⁴. Come si vede, in tale sentenza il controllo ispirato dal principio di proporzionalità si articola in un doppio livello di verifica: in primo luogo, si esaminano le finalità perseguite dalla disposizione statale; in un secondo momento, invece, l’analisi è volta a verificare che lo strumento impiegato possa ritenersi congruente rispetto al fine perseguito e, dunque, che i mezzi scelti siano disposti in una relazione ragionevole e proporzionata rispetto agli obbiettivi attesi.

Un’impostazione simile si rinviene nella pronuncia avente ad oggetto gli articoli 40 e 44 della legge 14 aprile 1975, n. 103, recante *“Nuove norme in materia di diffusione radiofonica e televisiva”*. Le previsioni legislative impugnate ponevano delle sostanziali limitazioni alla trasmissione della pubblicità commerciale radiotelevisiva; in particolare, facevano obbligo ai titolari di impianti ripetitori di programmi sonori e televisivi irradiati da emittenti estere, via etere, nel territorio nazionale, di eliminare dai programmi medesimi i messaggi pubblicitari commerciali. In questo caso, si fronteggiavano due diversi ordini di interessi: da un lato, l’interesse al pluralismo dell’informazione e quello proprio dell’utente

Costituzionale, 18 marzo 2005, n. 107; Corte Costituzionale, 11 febbraio 2015, n. 10. La Corte Costituzionale parla, invece, di *“adeguato rapporto tra mezzi e fini”*, nella sentenza Corte Costituzionale, 12 luglio 2017, n. 169.

⁷⁴ Corte Costituzionale, 23 novembre 2007, n. 401.

consumatore a veder disciplinati tempi e modalità di presentazione dei messaggi pubblicitari; dall'altro lato, l'interesse, di natura economica, delle imprese radiotelevisive che dalla pubblicità commerciale traggono una fonte di finanziamento, garantito dall'articolo 41 della Costituzione. Nel verificare se il divieto assoluto di pubblicità commerciali fosse costituzionalmente legittimo, la Corte Costituzionale ha affermato che spetta *“alla Corte individuare lo scopo della normativa denunciata, vale a dire il fine di utilità sociale, cui è vincolata la discrezionalità legislativa in materia”*; e che spetta, altresì, alla Corte *“verificare il rapporto di congruità tra mezzi e fini, per salvaguardare la libertà garantita contro interventi arbitrariamente restrittivi o contro interventi che praticamente annullano il diritto primario inerente la libertà stessa”*⁷⁵. Anche in tale circostanza, le argomentazioni sviluppate dalla Corte Costituzionale si muovono in una duplice direzione: da un lato, hanno ad oggetto l'esame delle finalità perseguite; dall'altro lato, riguardano la verifica in merito alla congruità tra la soluzione predisposta e gli obiettivi prefissati. Per quanto riguarda il fine di utilità generale perseguito dal legislatore, esso consiste - secondo la Corte - *“nell'esigenza di non inaridire una tradizionale fonte di finanziamento della stampa e degli altri mezzi di informazione, così da garantire attraverso una ripartizione tra di essi di questa medesima fonte, il massimo di pluralismo nel settore”*. Con riferimento al rapporto mezzi-fini, la Corte ha rilevato quanto segue: *“rispetto al fine che il legislatore del 1975 ha inteso perseguire, il divieto assoluto del quale si discute appare mezzo incongruo e sproporzionato per eccesso e perciò illegittimo per contrasto con l'art. 41, secondo comma, Cost.”*⁷⁶. Le disposizioni impugnate vennero, pertanto, dichiarate costituzionalmente illegittime, in quanto risultavano sproporzionate rispetto all'obiettivo che intendevano raggiungere.

Talvolta, nel linguaggio impiegato dalla Corte Costituzionale, l'analisi in merito al rapporto mezzi-fini prescinde dalle formule della congruenza e dell'adeguatezza. Così, ad esempio, la Corte ha fatto riferimento ad *“un eccesso*

⁷⁵ Corte Costituzionale, 17 ottobre 1985, n. 231.

⁷⁶ Corte Costituzionale, 17 ottobre 1985, n. 231.

[o eccessività] *del mezzo utilizzato rispetto al fine dichiarato*⁷⁷; altre volte ha ravvisato *“una palese irragionevolezza nella scelta del mezzo rispetto al fine, ovvero una rilevante sproporzione tra l’interesse generale e lo strumento prescelto”*⁷⁸. In ulteriori decisioni, la Corte Costituzionale ha posto l’attenzione sul fatto che *“le disposizioni impugnate perseguano uno scopo legittimo e che esista un ragionevole rapporto di proporzionalità tra i mezzi impiegati e lo scopo perseguito”*⁷⁹, così come si è soffermata ad analizzare che sussista *“l’equilibrio del mezzo rispetto al fine”*⁸⁰. In altre e diverse circostanze, infine, la Corte Costituzionale ha sottolineato l’esigenza che *“l’intervento limitativo posto in essere sia strettamente necessario alla tutela di quell’interesse”*⁸¹.

Le considerazioni che precedono conducono ad un’ulteriore riflessione: le valutazioni svolte dalla Corte Costituzionale in merito al rapporto tra i mezzi scelti dal legislatore e le finalità perseguite richiamano le prime tre componenti del test di proporzionalità. In primo luogo, anche la Corte Costituzionale, in maniera tendenzialmente speculare a quanto avviene nella prima fase del test (la legittimità), ha mostrato attenzione alle finalità sottese a ciascun intervento legislativo. In secondo luogo, le verifiche in merito alla congruenza ed all’adeguatezza sembrano comportare considerazioni sostanzialmente analoghe a quelle proprie del secondo e del terzo passaggio del test di proporzionalità (l’idoneità e la necessità). In entrambe le ipotesi, infatti, vi è l’esigenza di condurre un duplice controllo: innanzitutto, occorre accertare la concreta idoneità (o adeguatezza) di una misura legislativa a conseguire l’obiettivo al quale è preordinata. Successivamente, è necessario verificare che la soluzione legislativa adottata non risulti eccessiva e che, pertanto, il legislatore abbia fatto

⁷⁷ Corte Costituzionale, 14 gennaio 2005, n. 1. Si vedano, altresì: Corte Costituzionale, 11 luglio 1966, n. 95; Corte Costituzionale, 19 marzo 1993, n. 103; Corte Costituzionale, 16 gennaio 2003, n. 26.

⁷⁸ Corte Costituzionale, 23 aprile 1998, n. 135. Si veda, inoltre, Corte Costituzionale, 8 maggio 1995, n. 155.

⁷⁹ Corte Costituzionale, 4 maggio 2017, n. 94. Si veda, altresì, Corte Costituzionale, 10 novembre 2017, n. 236.

⁸⁰ Corte Costituzionale, ordinanza 12 luglio 2017, n. 171.

⁸¹ Corte Costituzionale, 24 gennaio 2017, n. 20. Si veda, inoltre, Corte Costituzionale, 23 luglio 1991, n. 366.

ricorso al mezzo più mite e più rispettoso delle posizioni giuridiche coinvolte⁸². Una volta superata anche tale verifica, la disposizione impugnata potrà così essere ritenuta congrua o necessaria⁸³.

V.2. Le valutazioni in merito agli effetti nel caso concreto

Nell'esercizio del controllo di costituzionalità, ispirato ai principi di ragionevolezza e di proporzionalità, la Corte Costituzionale sembra soffermarsi, non solo sul rapporto mezzi-fini, ma anche sugli effetti in concreto della disposizione impugnata. In particolare, tali valutazioni comportano un'analisi costi-benefici, finalizzata a verificare che i sacrifici (o costi) imposti ad uno o più diritti fondamentali in un determinata fattispecie non risultino sproporzionati rispetto ai benefici che così si ottengono⁸⁴. Questo genere di considerazioni, che impone un'accurata analisi della situazione concreta sottoposta al vaglio della Corte Costituzionale, sembra avvicinarsi molto alla quarta componente del test di proporzionalità: la proporzionalità in senso stretto⁸⁵. Sia con l'analisi costi-benefici, sia con la proporzionalità in senso stretto, infatti, si valuta se nel caso

⁸² Si tenga presente che la Corte Costituzionale ha talvolta fatto espressa applicazione del criterio del minimo mezzo. Si pensi alle decisioni prese in materia di cause di ineleggibilità: in questo ambito, la Corte ha riconosciuto che il controllo di costituzionalità deve essere particolarmente rigoroso, in quanto le disposizioni legislative in tale materia costituiscono un'eccezione rispetto alla regola del libero accesso alle cariche elettive. Una volta preso atto di ciò, la Corte Costituzionale ha affermato la necessità che, sia le cause di ineleggibilità, sia il loro momento operativo, non risultino irrazionali ed ultronee rispetto all'obiettivo da soddisfare. Nel condurre tale verifica, ha costantemente posto l'accento sull'esigenza di non interferire, oltre il limite necessario, con il diritto fondamentale all'elettorato passivo e, in sostanza, di verificare che il legislatore abbia impiegato lo strumento meno invasivo. Si vedano le seguenti decisioni: Corte Costituzionale, 28 maggio 1975, n. 129; Corte Costituzionale, 15 maggio 2001, n. 132; Corte Costituzionale, 3 ottobre 2003, n. 306; Corte Costituzionale, 6 dicembre 2004, n. 376.

⁸³ Considerazioni sostanzialmente analoghe vengono svolte da A. Anzon, *Modi e tecniche del controllo di ragionevolezza*, cit., pp. 31 ss.

⁸⁴ A. Morrone, *Il bilanciamento nello stato costituzionale. Teoria e prassi delle tecniche di giudizio nei conflitti tra diritti e interessi costituzionali*, Torino, Giappichelli Editore, 2014, pp. 106-107. Si veda, altresì, R. Bin, *Diritti e argomenti. Il bilanciamento d'interessi nella giurisprudenza costituzionale*, cit., pp. 81 - 88.

⁸⁵ G. Scaccia, *Gli strumenti della ragionevolezza nel giudizio costituzionale*, cit., p. 307; N. Viceconte, *Proporzionalità e bilanciamento di interessi nelle decisioni delle Corti*, cit., pp. 208-209.

concreto le limitazioni inferte ai diritti fondamentali coinvolti non risultino eccessive rispetto al fine perseguito ed ai vantaggi ad esso connessi.

Un caso paradigmatico di quanto affermato, fra i numerosi rinvenibili⁸⁶, è la sentenza mediante la quale la Corte Costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'articolo 1, commi 44 e 45, della Legge di stabilità del 2013, per violazione dell'articolo 3 della Costituzione, sotto il duplice profilo della ragionevolezza e dell'affidamento. La disposizione impugnata prevedeva uno specifico meccanismo di retribuzione per il personale del Ministero dell'Istruzione, dell'Università e della Ricerca, con qualifica di assistente amministrativo, nel caso in cui avesse svolto funzioni superiori di reggenza di direttore dei servizi generali ed amministrativi (DSGA). Secondo il ricorrente, tale disposizione si poneva in contrasto con l'articolo 3 della Costituzione, sotto il profilo della ragionevolezza, in quanto il criterio di calcolo della retribuzione introdotto comportava per gli assistenti amministrativi che ricoprivano mansioni superiori una progressiva riduzione del compenso previsto dal contratto fino ad arrivare ad un completo azzeramento. Dunque, venivano in rilievo due distinti interessi, entrambi di livello costituzionale: da un lato, il diritto soggettivo a percepire un compenso derivante dalla conclusione di un contratto; dall'altro lato, l'esigenza statale di contenere i costi pubblici, che in astratto poteva legittimare la riduzione dei compensi precedentemente pattuiti. La Corte Costituzionale, nel ritenere incostituzionale la disposizione censurata, ha posto l'accento sugli effetti che il meccanismo di retribuzione produceva nel caso concreto, ritendendo *“non proporzionato il sacrificio imposto al titolare di una situazione soggettiva perfetta derivante da un contratto regolarmente stipulato rispetto all'esigenza di contenimento della spesa pubblica”*⁸⁷. Pertanto, è proprio la sproporzione che nella fattispecie concreta si viene a delineare, tra il sacrificio inflitto ad un diritto fondamentale ed i benefici che si ottengono tramite la disposizione impugnata,

⁸⁶ Si vedano, a titolo esemplificativo, le seguenti decisioni: Corte Costituzionale, 2 luglio 1966, n. 82; Corte Costituzionale, 18 febbraio 1975, n. 27; Corte Costituzionale, 16 maggio 1984, n. 141; Corte Costituzionale, 14 aprile 1995, n. 127; Corte Costituzionale, 1 giugno 1995, n. 220; Corte Costituzionale, 31 ottobre 2002, n. 433.

⁸⁷ Corte Costituzionale, 20 maggio 2016, n. 108.

che consente alla Corte Costituzionale di giungere alla dichiarazione di incostituzionalità dell'articolo 1, commi 44 e 45, della Legge di stabilità del 2013.

Un ulteriore esempio si rinviene nella decisione che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'articolo 4, comma 2, della legge 27 marzo 2001, n. 97 (Norme sul rapporto tra procedimento penale e procedimento disciplinare ed effetti del giudicato penale nei confronti dei dipendenti delle amministrazioni pubbliche). Tale disposizione prevedeva che la sospensione dal servizio per i dipendenti pubblici che avessero riportato una condanna, anche non definitiva, per alcuni determinati delitti, perdesse efficacia se per il fatto medesimo fosse pronunciata sentenza di proscioglimento o di assoluzione, anche non definitiva, e, comunque, decorso un periodo di tempo analogo a quello di prescrizione del reato. Proprio quest'ultima parte della disposizione è stata ritenuta incostituzionale, per violazione dei principi di ragionevolezza e di proporzionalità, garantiti dall'articolo 3 della Costituzione. Secondo la Corte Costituzionale, infatti, per poter ritenere costituzionalmente legittima una misura cautelare, è necessario accertare il rispetto di due condizioni: essa *“deve per sua natura essere contenuta nei limiti di durata strettamente indispensabili”* per la protezione di uno specifico interesse e contemporaneamente *“non deve essere tale da gravare eccessivamente sui diritti che essa provvisoriamente comprime”*⁸⁸. Quest'ultimo requisito, in particolare, impone di verificare che la misura cautelare non rechi un sacrificio sproporzionato dei diritti del singolo, rispetto ai benefici che si ottengono tramite la predisposizione della misura restrittiva. Nel caso di specie, la Corte Costituzionale ha ritenuto che la previsione di un termine di durata della misura cautelare pari a quello di prescrizione risulta essere manifestamente eccessiva. Nella fattispecie concreta, infatti, il termine in tal modo individuato poteva raggiungere anche un periodo di tempo ultradecennale, tenuto conto degli effetti interruttivi della prescrizione della sentenza di condanna; si verificava così un'irragionevole compressione dei diritti del singolo, senza un corrispondente ed effettivo riscontro in termini di benefici.

⁸⁸ Corte Costituzionale, 3 maggio 2002, n. 145.

Come si desume dalle sentenze richiamate, la Corte Costituzionale ha effettuato valutazioni sostanzialmente analoghe a quelle generalmente svolte con la quarta componente del test di proporzionalità. In entrambe le ipotesi, infatti, il controllo è finalizzato a verificare che la misura dell'onere gravante sui diritti fondamentali coinvolti sia in una relazione ragionevole rispetto ai vantaggi che ne potrebbero derivare per la collettività.

VI. I limiti alle operazioni di bilanciamento

La Corte Costituzionale, come è noto, non ha predisposto - o almeno non lo ha fatto in maniera compiuta ed espressa⁸⁹ - un test di proporzionalità, da impiegare come schema interpretativo per valutare il bilanciamento di diritti posto in essere dal legislatore e più in generale per risolvere i conflitti tra interessi e libertà costituzionalmente rilevanti. L'assenza di un tale standard ermeneutico, tuttavia, non significa che le operazioni di bilanciamento poste in essere dalla Corte Costituzionale si risolvano nel "diritto libero"⁹⁰; dall'esame della giurisprudenza, infatti, possono trarsi alcuni elementi idonei a circoscrivere, almeno in teoria, la discrezionalità dei giudici costituzionali. In particolare, tali indicazioni attengono alla sostanza ed al contenuto delle valutazioni svolte e non riguardano, invece, l'iter argomentativo seguito dai giudici nel prendere una decisione.

Vengono in rilievo, a tal proposito, due categorie elaborate dalla Corte costituzionale: da un lato, il "contenuto essenziale" dei diritti fondamentali e, dall'altro lato, i "principi supremi" dell'ordinamento. Si tratta di due concetti, inerenti il contenuto delle considerazioni e non il percorso interpretativo svolto dai giudici costituzionali, che si atteggiavano quali limiti alle operazioni di bilanciamento; in particolare, secondo parte della dottrina, non particolarmente condivisibile, il contenuto essenziale ed i principi supremi rappresentano,

⁸⁹ Si veda *supra* Par. V. ed *infra* Par. VII.1.

⁹⁰ L'espressione "diritto libero" è stata ripresa da A. Morrone, *Bilanciamento*, in 2 *Enciclopedia del diritto*, Tomo II, Milano, Giuffrè Editore, 2008, pp. 185-204, p. 193.

rispettivamente, il limite interno ed il limite esterno alle operazioni di bilanciamento dei diritti⁹¹.

Le nozioni di “contenuto essenziale” e di “principi supremi” costituiscono l’oggetto dei paragrafi successivi, con un duplice obiettivo: analizzarne il contenuto ed evidenziare i profili critici che possono essere rilevati con riferimento a tali categorie concettuali.

VI.1. Il contenuto essenziale dei diritti fondamentali

L’espressione “contenuto essenziale” indica il nucleo centrale ed insopprimibile di un diritto fondamentale, la cui limitazione renderebbe sostanzialmente impossibile l’esercizio del diritto medesimo⁹². La nozione di contenuto essenziale viene, di conseguenza, generalmente impiegata come limite negativo al bilanciamento, nel senso che un bilanciamento può considerarsi ragionevole se resta al di fuori del perimetro di tale area intangibile. In altri termini, il nucleo essenziale di un diritto fondamentale può essere considerato un limite negativo, in quanto l’esito del bilanciamento non può mai corrispondere al sacrificio totale di uno dei diritti coinvolti; al contrario, di ciascun di essi deve essere mantenuto integro il contenuto centrale⁹³. In tal modo, ciascun diritto fondamentale tende a ricomprendere, all’interno del proprio ambito di applicazione, sia “zone periferiche”, sia “zone dure”⁹⁴. Le prime sono tendenzialmente sacrificabili in caso di conflitto con altri diritti ed interessi di rango costituzionale ritenuti più importanti nella fattispecie concreta; le seconde, invece, risultano essere difficilmente sacrificabili, se non addirittura incompressibili.

⁹¹ A. Morrone, *Il bilanciamento nello stato costituzionale. Teoria e prassi delle tecniche di giudizio nei conflitti tra diritti e interessi costituzionali*, cit., pp. 95-104.

⁹² R. Bin, *Ragionevolezza e divisione dei poteri*, cit., p. 72. Si veda, altresì: R. Bin, *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, cit., pp. 102-103; G. Pino, *Diritti e interpretazione. Il ragionamento giuridico nello Stato costituzionale*, cit., p. 159.

⁹³ A. Morrone, *Il bilanciamento nello stato costituzionale. Teoria e prassi delle tecniche di giudizio nei conflitti tra diritti e interessi costituzionali*, cit., pp. 101-102; A. Morrone, *Bilanciamento*, cit., p. 196.

⁹⁴ Le espressioni “zone periferiche” e “zone dure” sono riprese da G. Pino, *Diritti fondamentali e principio di proporzionalità*, in *2 Ragion pratica*, dicembre 2014, 541, p. 551.

Le considerazioni di carattere astratto in merito al contenuto essenziale, quale limite alle operazioni di bilanciamento, trovano conferma nella giurisprudenza prevalente⁹⁵. In primo luogo ed in via generale, la Corte Costituzionale ha anche recentemente ribadito che, all'interno del sindacato ad essa spettante, riveste rilievo cruciale *“l'incidenza sul nucleo essenziale dei diritti coinvolti”*⁹⁶; in senso analogo, la Corte ha affermato che rientra tra i suoi compiti quello di *“vigilare sul rispetto del nucleo essenziale dei diritti fondamentali, in ipotesi incisi da interventi riduttivi dello stesso legislatore”*⁹⁷. Ad esempio, con riferimento al diritto alla salute, garantito dall'articolo 32 della Costituzione, la Corte Costituzionale ha, da un lato, affermato che non può *“essere compromessa la garanzia del suo nucleo essenziale”*⁹⁸; dall'altro lato, ha specificato che il nucleo irriducibile del diritto alla salute è *“protetto dalla Costituzione come ambito inviolabile della dignità umana, il quale impone di impedire la costituzione di situazioni prive di tutela, che possano appunto pregiudicare l'attuazione di quel diritto”*⁹⁹.

In secondo luogo, la Corte Costituzionale ha affermato che il bilanciamento dei diritti, posto in essere dal legislatore nelle leggi o dal giudice in sede di controllo di costituzionalità delle medesime, deve essere orientato dai criteri di proporzionalità e di ragionevolezza, in modo tale da *“non consentire un sacrificio*

⁹⁵ La Corte Costituzionale, per riferirsi al concetto di contenuto essenziale, impiega anche le seguenti espressioni: nucleo essenziale, nucleo intangibile, nucleo irriducibile, contenuto minimo, operatività minima.

⁹⁶ Corte Costituzionale, 2 febbraio 2018, n. 20.

⁹⁷ Corte Costituzionale, 10 maggio 2012, n. 119. Sempre con riferimento alla facoltà della Corte Costituzionale di sindacare il rispetto del contenuto essenziale dei diritti fondamentali, si vedano le seguenti decisioni: Corte Costituzionale, 26 febbraio 1998, n. 27; Corte Costituzionale, 21 novembre 2000, n. 516; Corte Costituzionale, 17 luglio 2001, n. 252; Corte Costituzionale, ordinanza 6 dicembre 2001, n. 385; Corte Costituzionale, 2 dicembre 2005, n. 432.

⁹⁸ Corte Costituzionale, 14 luglio 2017, n. 192. Si veda, altresì, Corte Costituzionale, 18 gennaio 2018, n. 5, ove la Corte ha affermato che esiste un *“nucleo irriducibile del diritto alla salute che spetta a ciascun essere umano”*.

⁹⁹ Corte Costituzionale, 25 febbraio 2011, n. 61. Si vedano anche le seguenti decisioni: Corte Costituzionale, 17 luglio 2001, n. 252; Corte Costituzionale, ordinanza 18 aprile 2008, n. 111; Corte Costituzionale, 20 giugno 2008, n. 219; Corte Costituzionale, 31 ottobre 2008, n. 354; Corte Costituzionale, 22 luglio 2010, n. 269; Corte Costituzionale, 22 ottobre 2010, n. 299.

*del loro nucleo essenziale*¹⁰⁰. In particolare, riprendendo l'esempio del diritto alla salute, la Corte Costituzionale ha statuito che le finalità sottese ad un intervento legislativo *“non possono assumere, nel bilanciamento del legislatore, un peso talmente preponderante da comprimere il nucleo irriducibile del diritto alla salute”*¹⁰¹.

In sostanza, il contenuto essenziale dei diritti fondamentali rappresenta un limite interno al bilanciamento, in quanto il risultato del bilanciamento, ispirato dai principi di ragionevolezza e di proporzionalità, non può mai coincidere con il sacrificio totale di uno dei diritti coinvolti, poiché di ciascuno deve essere rispettato il nucleo essenziale.

Un esempio di decisione, ove la Corte Costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale della disposizione censurata per violazione del contenuto intangibile dei diritti coinvolti, si rinviene nella pronuncia avente ad oggetto l'articolo 41-bis, comma 2-quater, lettera b), della legge 26 luglio 1975, n. 354 (Norme sull'ordinamento penitenziario e sull'esecuzione delle misure privative e limitative della libertà). La previsione impugnata prevedeva delle limitazioni al diritto di difesa per gli individui detenuti in regime di “carcere duro”, condannati per reati legati alla criminalità organizzata; in particolare, tale categoria di detenuti poteva avere telefonate e colloqui con i difensori, per un massimo di tre volte alla settimana. Dunque, nel caso in esame, si fronteggiavano due distinti ordini di interessi: da un lato, il diritto dell'individuo alla difesa tecnica, garantito dall'articolo 24 della Costituzione; dall'altro lato, l'interesse al mantenimento dell'ordine pubblico e della sicurezza dei cittadini nei riguardi della criminalità organizzata.

¹⁰⁰ Corte Costituzionale, 9 maggio 2013, n. 85. Si veda, inoltre, Corte Costituzionale, 24 marzo 2016, n. 63 e Corte Costituzionale, 23 marzo 2018, n. 58.

¹⁰¹ Corte Costituzionale, 21 luglio 2016, n. 203. In senso analogo: Corte Costituzionale, 15 luglio 1994, n. 304; Corte Costituzionale, 17 luglio 1998, n. 267; Corte Costituzionale, 16 luglio 1999, n. 309; Corte Costituzionale, 20 novembre 2000, n. 509.

La Corte Costituzionale, nel pervenire alla pronuncia di incostituzionalità, ha dapprima riconosciuto che *“il diritto di difesa è suscettibile di bilanciamento con altre esigenze di rango costituzionale”*; successivamente, però, ha puntualizzato che la possibilità di limitare il diritto previsto dall’articolo 24 della Costituzione può ritenersi costituzionalmente legittima *“a condizione che non ne risulti compromessa l’effettività, costituente il limite invalicabile ad operazioni del genere considerato”*. A tale ultimo proposito, la Corte ha giudicato incostituzionale la disposizione impugnata, in virtù del fatto che *“il contingentamento, rigido e prolungato nel tempo, dei momenti di contatto tra il detenuto e i suoi difensori intacca l’anzidetto nucleo essenziale, non essendo possibile presumere, in termini assoluti, che tre colloqui visivi settimanali di un’ora, o telefonici di dieci minuti, consentano in qualunque circostanza una adeguata ed efficace predisposizione delle attività difensive”*¹⁰². Di conseguenza, proprio la violazione del contenuto essenziale del diritto garantito dall’articolo 24 della Costituzione ha condotto la Corte Costituzionale a pronunciare l’incostituzionalità della disposizione impugnata.

VI.1.1. Obiezioni

Il concetto di contenuto essenziale, impiegato dalla Corte Costituzionale come limite per contribuire ad arginare la discrezionalità nello svolgimento delle operazioni di bilanciamento dei diritti fondamentali, sembra presentare alcuni profili problematici. In particolare, le critiche avanzate da parte della dottrina, relative all’uso di tale categoria concettuale, possono spiegarsi attraverso tre diverse ragioni, in parte connesse.

In primo luogo, la nozione di nucleo essenziale sembra essere frutto anch’essa del bilanciamento; invero, è possibile individuare il contenuto intangibile di un diritto, non a livello astratto, ma solamente a partire da situazioni concrete di conflitto, in cui il sacrificio di un determinato diritto appare inammissibile. Pertanto, se questo è il percorso tramite il quale giungere alla definizione del

¹⁰² Corte Costituzionale, 20 giugno 2013, n. 143.

contenuto essenziale, è evidente che anche l'individuazione di tale categoria presuppone che siano stati effettuati precedentemente bilanciamenti tra diritti¹⁰³.

In secondo luogo, anche in correlazione al primo motivo, si rifletta sul fatto che il significato attribuito al contenuto essenziale non è valido in assoluto e può ragionevolmente mutare nel tempo. Infatti, proprio perché il concetto di nucleo intangibile dipende dalle circostanze concrete del contesto di riferimento ed è l'esito di un'operazione di bilanciamento, esso può cambiare al ricorrere di nuove fattispecie, che presentino caratteristiche diverse¹⁰⁴. Cosicché il concetto di nucleo centrale risulta un'entità abbastanza malleabile ed indeterminata.

In terzo luogo, la categoria del contenuto essenziale sembra perdere parte della sua rilevanza, nel caso in cui la Corte Costituzionale sia chiamata a risolvere un conflitto tra due situazioni appartenenti entrambe al nucleo intangibile di due diversi diritti fondamentali. Invero, per risolvere un contrasto tra due distinti contenuti essenziali, non pare essere di alcuna utilità il riferimento al concetto stesso di nucleo incompressibile. In tali eventualità, la Corte Costituzionale è costretta a risolvere il conflitto, dovendo porre in essere un bilanciamento, che tuttavia non incontra il limite interno rappresentato dalla zona intangibile di ciascun diritto¹⁰⁵. Ovviamente, l'ipotesi prospettata rappresenta un caso non particolarmente frequente in giurisprudenza; al tempo stesso, però, essa è funzionale a dimostrare che l'elaborazione della categoria del contenuto essenziale non rappresenta una soluzione valida in generale per la risoluzione di tutte le fattispecie prospettabili di conflitti tra diritti fondamentali.

¹⁰³ Si veda, a tal proposito, G. Pino, *Diritti e interpretazione. Il ragionamento giuridico nello Stato costituzionale*, cit., p. 162. Si veda, altresì, G. Pino, *Conflitto e bilanciamento tra diritti fondamentali. Una mappa dei problemi*, in *1 Ragion pratica*, giugno 2007, 219, p. 240.

¹⁰⁴ G. Pino, *Diritti fondamentali e principio di proporzionalità*, cit., p. 552. Si veda, inoltre, A. Morrone, A. Morrone, *Il bilanciamento nello stato costituzionale. Teoria e prassi delle tecniche di giudizio nei conflitti tra diritti e interessi costituzionali*, cit., pp. 101-102.

¹⁰⁵ G. Pino, *Diritti fondamentali e principio di proporzionalità*, cit., p. 552.

VI.2. I principi supremi dell'ordinamento

Un ulteriore limite, anch'esso afferente alla sostanza delle valutazioni svolte dai giudici costituzionali e non inerente il percorso argomentativo seguito, è rappresentato dalla categoria dei principi supremi dell'ordinamento. Tuttavia, a differenza della nozione di contenuto essenziale che, sebbene con le criticità rilevate, ha rappresentato un efficace limite alle operazioni di bilanciamento, lo stesso non può affermarsi con riferimento all'insieme dei principi supremi. Si tenga presente, a tal proposito, una duplice peculiarità: da un lato, l'idea stessa che siano rinvenibili dei principi supremi è dibattuta in dottrina¹⁰⁶; dall'altro lato, non sono affatto pacifici né il contenuto, né le conseguenze concrete che il ricorrere di siffatta categoria di principi comporta sul bilanciamento dei diritti¹⁰⁷.

Per quanto concerne il contenuto, la Corte Costituzionale ha ricompreso nella categoria dei principi costituzionali supremi numerosi interessi, fra i quali si ricordano i seguenti: la tutela della sicurezza della Repubblica ed il conseguente dovere di difesa della patria¹⁰⁸, la dignità umana¹⁰⁹, la libertà personale¹¹⁰ e la libertà di coscienza¹¹¹, il principio di parità di trattamento davanti alla giurisdizione¹¹², il diritto di agire e difendersi in giudizio¹¹³. Ed ancora: il principio di indipendenza della magistratura e di soggezione del giudice soltanto alla legge¹¹⁴, la tutela delle minoranze etniche ed il principio pluralista¹¹⁵, il

¹⁰⁶ Il tema è molto discusso in dottrina. A tal proposito, si veda: P. Grossi, *Inviolabilità dei diritti*, in XXII *Enciclopedia del diritto*, 1972, pp. 712-731; M. Luciani, *I diritti fondamentali come limiti alla revisione costituzionale*, in V. Angiolini (a cura di), *Libertà e giurisprudenza costituzionale* Torino, Giappichelli Editore, 1992, pp. 121-129; F. P. Casavola, *I principi supremi nella giurisprudenza della Corte Costituzionale*, in 118 *Il foro italiano*, aprile 1995, No. 4, pp. 153-162; P. Caretti, G. Tarli Barbieri, *I diritti fondamentali: libertà e diritti sociali*, Torino, Giappichelli Editore, 2002.

¹⁰⁷ A. Morrone, *Il bilanciamento nello stato costituzionale. Teoria e prassi delle tecniche di giudizio nei conflitti tra diritti e interessi costituzionali*, cit., pp. 95-99.

¹⁰⁸ Corte Costituzionale, 12 aprile 1967, n. 53 e Corte Costituzionale, 24 maggio 1977, n. 86.

¹⁰⁹ Corte Costituzionale, 22 gennaio 1992, n. 37.

¹¹⁰ Corte Costituzionale, 9 luglio 1996, n. 238 e Corte Costituzionale, 15 gennaio 2013, n. 1.

¹¹¹ Corte Costituzionale, 5 maggio 1995, n. 149.

¹¹² Corte Costituzionale, 19 ottobre 2009, n. 262 e Corte Costituzionale, 23 aprile 2013, n. 74.

¹¹³ Corte Costituzionale, 22 ottobre 2014, n. 238 e Corte Costituzionale, 6 dicembre 2017, n. 257.

¹¹⁴ Corte Costituzionale, 5 luglio 2018, n. 142.

principio di laicità dello Stato¹¹⁶, la libertà e la segretezza della corrispondenza¹¹⁷ e, più in generale, i diritti inviolabili della persona¹¹⁸. Come si vede, si tratta di un elenco di interessi ampio, eterogeneo e non esaustivo, che rende la categoria dei principi supremi indeterminata e di non facile individuazione.

Con riferimento, invece, alle implicazioni giuridiche, in teoria l'espressione "principi supremi" dovrebbe alludere ad un catalogo di principi muniti di valore gerarchico superiore rispetto a tutti gli altri principi costituzionali¹¹⁹. Sempre in teoria, da tale qualificazione sembrerebbero scaturire le seguenti conseguenze: i principi supremi dovrebbero essere sottratti al procedimento di revisione costituzionale; sarebbero impiegati dalla Corte Costituzionale come parametro per valutare la legittimità costituzionale anche di leggi costituzionali e di revisione costituzionale; dovrebbero prevalere in caso di conflitto con altre norme costituzionali, essendo in linea di massima sottratti al bilanciamento¹²⁰.

Quest'ultima implicazione non sembra, tuttavia, condivisibile: infatti, l'idea che anche nell'ordinamento italiano esistano dei principi che, in virtù della loro importanza, non possano essere subordinati ad altri principi desta più di qualche perplessità. Al riguardo, si rifletta su quanto osservato in precedenza, in merito all'assenza di una gerarchia di diritti individuata a livello astratto e al carattere non assoluto della tutela garantita ai diritti fondamentali sanciti in Costituzione. È stato rilevato, inoltre, che ciò è vero anche con riferimento a quei diritti fondamentali che sono qualificati espressamente come "inviolabili" dalla Costituzione o dichiarati "assoluti" dalla Corte Costituzionale¹²¹.

¹¹⁵ Corte Costituzionale, 24 febbraio 1992, n. 62 e Corte Costituzionale, 20 aprile 2018, n. 81.

¹¹⁶ Corte Costituzionale, 12 aprile 1989, n. 203.

¹¹⁷ Corte Costituzionale, 23 luglio 1991, n. 366.

¹¹⁸ Corte Costituzionale, ordinanza 26 settembre 2007, n. 337.

¹¹⁹ G. Pino, *Conflitto e bilanciamento tra diritti fondamentali. Una mappa dei problemi*, cit., p. 237.

¹²⁰ G. Pino, *Diritti e interpretazione. Il ragionamento giuridico nello Stato costituzionale*, cit., pp. 153-154.

¹²¹ Si rinvia, a tal proposito, alle considerazioni effettuate *supra* Par. IV.

Pertanto, alla luce di tali considerazioni, sembra preferibile intendere l'attributo "supremi", riferito ai principi, non in termini assoluti, nel senso che non è possibile affermare un divieto di qualsivoglia interferenza con questa tipologia di diritti o di principi¹²². Con ciò si vuol indicare che i principi supremi non sono del tutto sottratti alle operazioni di bilanciamento; al contrario, in presenza di obiettivi costituzionalmente rilevanti sarà possibile apportare loro alcune limitazioni, salvo il limite invalicabile del rispetto del contenuto essenziale dei principi supremi. Tale impostazione, in linea con le riflessioni svolte nel presente capitolo, sembra trovare conferma nella giurisprudenza prevalente. Al riguardo, la Corte Costituzionale ha affermato che "*la Costituzione italiana contiene alcuni principi supremi che non possono essere sovvertiti o modificati nel loro contenuto essenziale neppure da leggi di revisione costituzionale o da altre leggi costituzionali*"¹²³. Dunque, la maggiore garanzia di cui godono i principi supremi sembra risolversi nell'impossibilità di sacrificare il loro nucleo essenziale e non nella sottrazione totale al bilanciamento con altri interessi dei diritti riconducibili ai principi supremi. Così ricostruita, quest'ultima categoria pare ricondursi alla nozione di contenuto essenziale e non pare costituire un limite ulteriore e distinto delle operazioni di bilanciamento, rispetto a quello rappresentato dalla zona insopprimibile dei diritti fondamentali.¹²⁴

VI.2.1. Obiezioni

Se i principi supremi, quali limiti alle operazioni di bilanciamento, si sostanziano nel divieto di infrangere il nucleo essenziale di tale categoria di principi, è evidente che le obiezioni avanzate nei confronti della nozione di contenuto

¹²² Si tratta, nella sostanza, delle medesima conclusione cui si era pervenuti con riferimento al significato da attribuire all'aggettivo "inviolabili" utilizzato per definire alcune tipologie di diritti. Ciò è in sintonia con quanto affermato dalla Corte Costituzionale, che ha ricondotto ai principi supremi i diritti inviolabili della persona. Si veda *supra* la nota n. 118.

¹²³ Corte Costituzionale, 29 dicembre 1988, n. 1146. Si veda, altresì, Corte Costituzionale, 12 aprile 1989, n. 203.

¹²⁴ G. Pino, *Diritti e interpretazione. Il ragionamento giuridico nello Stato costituzionale*, cit., p. 154.

insopprimibile di un diritto, potranno essere riproposte anche nei confronti dei principi supremi¹²⁵.

Peraltro, ferme restando le criticità rilevate nei confronti del concetto di contenuto essenziale, sembra possibile rintracciare con riferimento ai principi supremi due ulteriori profili problematici. Infatti, differenziare da un lato il nucleo intangibile di un diritto e dall'altro lato la categoria dei principi supremi, come due distinti limiti alle operazioni di bilanciamento, sembra un'operazione al tempo stesso inutile e pericolosa¹²⁶.

Inutile perché, come più volte sottolineato, anche in presenza di un principio supremo, la Corte Costituzionale ha affermato l'impossibilità di sacrificarne il contenuto essenziale e non ha stabilito il divieto assoluto di qualsivoglia interferenza; dunque, contenuto essenziale di un diritto e principi supremi, dal punto di vista dei limiti sostanziali alle operazioni di bilanciamento, sembrano coincidere e sovrapporsi. Pericolosa, perché la Corte Costituzionale sembra individuare i principi supremi "*in maniera alquanto apodittica*"¹²⁷, quasi dogmatica, spesso rinunciando in tal modo a sviluppare argomenti in grado di giustificare la scelta di ricondurre un determinato interesse nel genere dei principi supremi. Pertanto, più che porsi come limite alle operazioni di bilanciamento, la creazione della categoria dei principi supremi sembra attribuire alla Corte Costituzionale un eccessivo grado di discrezionalità, nel momento in cui essa si trova ad istituire una gerarchia di tipo assiologico tra principi supremi e principi ordinari.

* * *

¹²⁵ Pertanto, si rinvia alle riflessioni svolte *supra* Par. VI.1.1.

¹²⁶ Si tenga presente che la categoria dei principi supremi è presa in considerazione come limite alle operazioni di bilanciamento e non, ad esempio, con riferimento ai rapporti intercorrenti tra il diritto interno e il diritto dell'Unione Europea. Pertanto, anche le critiche che vengono avanzate nei confronti dell'individuazione dei principi supremi, attengono all'utilità di tale operazione nell'ambito delle operazioni di bilanciamento tra diritti fondamentali.

¹²⁷ G. Pino, *Diritti e interpretazione. Il ragionamento giuridico nello Stato costituzionale*, cit., p. 155.

In sostanza, se da un lato è sicuramente da apprezzare lo sforzo compiuto dalla Corte Costituzionale di individuare alcuni limiti alle operazioni di bilanciamento, tuttavia non sembra che tale tentativo abbia prodotto risultati completamente soddisfacenti. Da un lato, infatti, le categorie del “contenuto essenziale” e dei “principi supremi” rappresentano certamente un passo in avanti compiuto nella direzione volta a circoscrivere la discrezionalità dei giudici costituzionali. Dall’altro lato, tuttavia, entrambi i concetti prestano il fianco ad alcune obiezioni che non possono in alcun modo essere trascurate: in particolare, la nozione di contenuto essenziale, cui in definitiva sembrano ricondursi entrambi i limiti, è un concetto piuttosto vago, malleabile e plasmabile da parte dei giudici e, in quanto tale, disposto a tollerare continui aggiustamenti in sede di bilanciamento. Se quanto appena affermato è veritiero, allora è evidente che la riflessione in merito ai limiti che il bilanciamento tra diritti deve necessariamente incontrare, per non sfociare in arbitrio, non può ritenersi esaurita.

VII. L’opportunità di individuare soluzioni alternative idonee a circoscrivere l’attività di bilanciamento

Le considerazioni svolte mettono in evidenza l’esigenza di individuare nuovi strumenti, idonei a coadiuvare la Corte Costituzionale nel valutare e nell’effettuare il bilanciamento dei diritti. Come è noto, il bilanciamento - secondo la Corte - deve essere orientato dai principi di ragionevolezza e di proporzionalità; tuttavia, ciò rappresenta il punto di partenza, che necessita di ulteriori soluzioni idonee a dare concretezza a tali concetti. Il punto cruciale diventa, pertanto, l’individuazione di strumenti e di garanzie, idonei ad arginare la discrezionalità dei giudici e, dunque, in grado di far ritenere il bilanciamento ragionevole e proporzionato¹²⁸.

¹²⁸ R. Bin, *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, cit., p. 138. Si veda, altresì, G. Pino, *Diritti e interpretazione. Il ragionamento giuridico nello Stato costituzionale*, cit., p. 180.

A tal proposito, i limiti fino ad oggi individuati non sembrano rappresentare una soluzione totalmente convincente. Essi, infatti, attengono al contenuto delle valutazioni svolte e, in sostanza, si caratterizzano per il tentativo di individuare, all'interno dell'ambito di operatività di ciascun diritto, alcune aree più resistenti al bilanciamento e, come tali, meno propense al sacrificio.

Viceversa, sembra preferibile rintracciare un'alternativa sul piano dell'argomentazione e, in tale ambito, pare opportuno privilegiare quella che consente di rintracciare l'iter logico seguito dai giudici nell'effettuare e nel verificare le attività di bilanciamento¹²⁹. Dunque, è auspicabile l'enunciazione di protocolli di argomentazione, in grado di dare articolata struttura alle motivazioni dei giudici; in altre parole, si tratta di predisporre un ordine delle operazioni logiche ed interpretative che i giudici costituzionali debbono effettuare nel valutare la ragionevolezza e la proporzionalità dei bilanciamenti¹³⁰. La tematica è quella dei test di giudizio (o test giudiziali), la cui compiuta formulazione ad opera della Corte Costituzionale è stata, altresì, auspicata da un'ampia parte della dottrina italiana¹³¹. In particolare, al fine di valutare la ragionevolezza e la proporzionalità del bilanciamento, è augurabile l'elaborazione di un test di proporzionalità, in grado di scandire le singole valutazioni effettuate dai giudici. In tale direzione, pare muoversi anche la Corte Costituzionale, la quale, a partire da una decisione del 2014, sembra prendere in seria considerazione la possibilità di adottare un test di proporzionalità.

¹²⁹ Un'ulteriore soluzione astrattamente ipotizzabile, sempre inerente il piano dell'argomentazione, potrebbe essere rappresentata dall'introduzione dell'opinione dissenziente che consentirebbe di mettere a confronto tra loro le ragioni di differenti bilanciamenti.

¹³⁰ S. Bartole, *Controllo di razionalità e determinazione previa di criteri e protocolli di giudizio*, in *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza della Corte Costituzionale. Riferimenti comparatistici*, cit., pp. 207-210. Si veda, altresì, S. Bartole, *L'elaborazione del parametro e del protocollo delle argomentazioni*, in AA.VV., *Corte Costituzionale e principio di uguaglianza*. Atti del Convegno in memoria di Livio Paladin, Padova, Cedam, 2001, pp. 35-58.

¹³¹ A tal proposito, si veda: E. Cheli, *Stato Costituzionale e ragionevolezza*, cit., pp. 33-35. Si veda inoltre: L. Paladin, *Esiste un principio di ragionevolezza nella giurisprudenza costituzionale*, in *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza della Corte Costituzionale. Riferimenti comparatistici*, cit., p. 166; L. Paladin, *Ragionevolezza (principio di)*, cit., p. 908; M. Luciani, *Lo spazio della ragionevolezza nel giudizio costituzionale*, cit., pp. 248-249; M. Cartabia, *I principi di ragionevolezza e proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale italiana*, cit., pp. 7-8.

VII.1. Il test di proporzionalità nella giurisprudenza della Corte Costituzionale

La Corte Costituzionale si è contraddistinta, nel corso degli anni, per un approccio de-strutturato al principio di proporzionalità, nel senso che all'impiego del criterio della proporzionalità non è corrisposta l'elaborazione di un test, articolato in tre o quattro passaggi successivi¹³². Dunque, parlare di test di proporzionalità nell'esperienza costituzionale italiana potrebbe essere ritenuto paradossale. Tuttavia, negli ultimi anni, l'atteggiamento della Corte Costituzionale sembra aver intrapreso una nuova direzione; infatti, in alcune decisioni, pronunciate a partire dal 2014, è rintracciabile uno schema interpretativo che molto assomiglia alla versione generale del test di proporzionalità tratteggiata nel capitolo introduttivo del presente lavoro. Si faccia attenzione: non si vuole affermare che, al giorno d'oggi, il test di proporzionalità rappresenta uno standard argomentativo costantemente impiegato dalla Corte Costituzionale, né tanto meno che quest'ultima ha provveduto ad enunciare in maniera espressa una versione completa e ben definita del test di proporzionalità. Si vuole semplicemente sottolineare che, a partire da alcune recenti pronunce, è possibile individuare nelle motivazioni, fornite dai giudici costituzionali, una forma embrionale ed ancora acerba di tale standard argomentativo.

In primo luogo, nella sentenza sul mandato di arresto europeo, la Corte Costituzionale fa esplicito riferimento “*ad un rigoroso test di proporzionalità rispetto all'obbiettivo perseguito*”¹³³, cui però non fa seguito la predisposizione di un test vero e proprio. In tale circostanza, infatti, i giudici costituzionali si limitano a richiamare tale standard argomentativo, senza peraltro sviluppare le singole fasi di cui dovrebbe comporsi.

La prima decisione, ove è possibile individuare una versione prematura del test di proporzionalità, è rappresentata dalla sentenza che ha dichiarato

¹³² Si rinvia *supra* Par. V.

¹³³ Corte Costituzionale, 24 giugno 2010, n. 227.

costituzionalmente illegittime alcune disposizioni dell'allora vigente legge elettorale, meglio conosciuta come "Porcellum". In particolare, l'articolo 83, comma 1, n. 5, e comma 2, del D.P.R. n. 361/1957, prevedeva un meccanismo di assegnazione del premio di maggioranza per l'elezione della Camera dei Deputati, in virtù del quale alla lista che avesse ottenuto il maggior numero di voti, anche con uno scarto esiguo, veniva comunque attribuita la maggioranza assoluta dei seggi, pari a 340. Tale previsione, secondo la Corte di Cassazione, che aveva sollevato questione di legittimità costituzionale, si poneva in violazione dell'articolo 3 della Costituzione, in quanto istituiva un sistema di attribuzione del premio di maggioranza palesemente irragionevole. La Corte Costituzionale, nel risolvere la questione, ha in un primo momento affermato che anche le leggi elettorali soggiacciono allo scrutinio di ragionevolezza e di proporzionalità; successivamente, ha sottolineato che nel valutare la proporzionalità dei mezzi prescelti dal legislatore è opportuno ricorrere al test di proporzionalità. Contrariamente a quanto avvenuto nella sentenza sul mandato di arresto europeo, ove la Corte si era limitata a richiamare quello standard argomentativo, in tale circostanza essa è andata oltre, delineando i tratti fondamentali del test di proporzionalità. Quest'ultimo, secondo la Corte, *"richiede di valutare se la norma oggetto di scrutinio, con la misura e le modalità di applicazione stabilite, sia necessaria e idonea al conseguimento di obiettivi legittimamente perseguiti, in quanto tra più misure appropriate, prescriva quella meno restrittiva dei diritti a confronto e stabilisca oneri non sproporzionati rispetto al perseguimento di detti obiettivi"*¹³⁴. Come si vede, la Corte Costituzionale sembra articolare il test di proporzionalità in tre passaggi, rappresentati rispettivamente dalla idoneità¹³⁵, dalla necessità¹³⁶ e dalla proporzionalità in senso stretto¹³⁷. Tuttavia, all'interno della motivazione è possibile riscontrare anche la fase della legittimità, ovvero l'indagine in merito alle finalità attese dal legislatore; al riguardo, si prenda in

¹³⁴ Corte Costituzionale, 13 gennaio 2014, n. 1.

¹³⁵ La fase della idoneità viene espressamente menzionata e trova, poi, conferma nella parte in cui la Corte ha affermato che le misure scelte dal legislatore debbono essere appropriate.

¹³⁶ La componente della necessità viene esplicitamente richiamata e trova conferma laddove la Corte Costituzionale ha affermato che il legislatore deve far ricorso alla soluzione meno restrittiva.

¹³⁷ La fase della proporzionalità in senso stretto si rinviene nella parte in cui la Corte fa riferimento agli oneri non sproporzionati rispetto al perseguimento degli obiettivi prefissati.

considerazione la parte in cui la Corte ha affermato che la disposizione impugnata perseguiva *“il legittimo obiettivo di favorire la formazione di stabili maggioranze parlamentari”*. Per quanto concerne il caso in questione, la Corte Costituzionale ha ritenuto che la disposizione impugnata non superava la fase della necessità, in quanto il meccanismo di assegnazione del premio di maggioranza comportava una *“illimitata compressione della rappresentatività dell’assemblea parlamentare”*. E, dunque *“pur perseguendo un obiettivo di rilievo costituzionale”*, le previsioni legislative censurate dettavano *“una disciplina che non rispetta[va] il vincolo del minor sacrificio possibile degli altri interessi e valori costituzionalmente protetti”*¹³⁸. Peraltro, con la stessa pronuncia, la Corte ha dichiarato costituzionalmente illegittimo anche l’articolo 17, commi 2 e 4, del D.Lgs. n. 533 del 1993, che disciplinava il sistema di assegnazione del premio di maggioranza per le elezioni del Senato della Repubblica, attribuendo alla lista che avesse ottenuto il maggior numero di voti validi, la maggioranza assoluta dei seggi, pari al 55% di quelli riservati alla Regione. Nel dichiarare l’incostituzionalità di tale disposizione, la Corte Costituzionale ha nuovamente fatto riferimento al test di proporzionalità, ravvisando, nello specifico, sia il *“difetto di proporzionalità in senso stretto della disciplina censurata”*, sia *“l’inidoneità della stessa al raggiungimento dell’obiettivo perseguito”*¹³⁹.

L’impostazione inaugurata con la sentenza richiamata è stata successivamente ripresa nella decisione che ha pronunciato l’illegittimità costituzionale delle disposizioni in materia di procreazione medicalmente assistita (PMA), che istituivano una preclusione assoluta all’accesso alla PMA di tipo eterologo. In tale circostanza, venivano in rilievo diversi interessi contrapposti: da un lato, l’interesse della persona nata dalla PMA di tipo eterologo, che sarebbe stato lesa a causa del rischio psicologico correlato ad una genitorialità non naturale. Dall’altro lato, la scelta di una coppia di diventare genitori e formare una famiglia che abbia anche dei figli, nonché il diritto alla salute nell’accezione di salute psichica, oltre che fisica. Nel merito, la Corte Costituzionale ha considerato il divieto assoluto di

¹³⁸ Corte Costituzionale, 13 gennaio 2014, n. 1.

¹³⁹ Corte Costituzionale, 13 gennaio 2014, n. 1.

ricorrere alla PMA di tipo eterologo come il risultato di un irragionevole bilanciamento degli interessi in gioco; nel pervenire a tale conclusione, la Corte Costituzionale ha espressamente impiegato il test di proporzionalità, in una versione sostanzialmente analoga a quella delineata nella precedente decisione¹⁴⁰. In particolare, secondo la Corte, l'assolutezza del divieto non rappresenta l'unico mezzo per garantire la tutela dei diritti costituzionalmente rilevanti, coinvolti dalla tecnica della PMA eterologa e, dunque, la disposizione impugnata non riusciva a superare indenne la verifica in merito alla necessità della soluzione adottata. A tal proposito, la Corte Costituzionale ha osservato che *“le norme censurate, pur nell’obbiettivo di assicurare tutela ad un valore di rango costituzionale, stabiliscono una disciplina che non rispetta il vincolo del minor sacrificio possibile degli altri interessi e valori costituzionalmente protetti, giungendo a realizzare una palese ed irreversibile lesione di alcuni di essi”*¹⁴¹.

In aggiunta ai due esempi analizzati, la medesima versione del test di proporzionalità è stata impiegata dalla Corte Costituzionale in altre occasioni, nelle quali si è trovata a dover valutare il bilanciamento degli interessi costituzionalmente rilevanti. Si pensi alla sentenza che ha affermato l'incostituzionalità dell'articolo 459, comma 1, del Codice di Procedura Penale¹⁴² o alla decisione che ha dichiarato incostituzionale il meccanismo, previsto dalla Legge finanziaria regionale del Piemonte del 2014, di riduzione delle risorse destinate alle Province per l'espletamento delle funzioni loro assegnate¹⁴³. Lo stesso schema si rinviene, poi, nella pronuncia, avente ad oggetto la legge della Regione Lombardia 11 marzo 2005, n. 11 (Legge per il governo del territorio), nella parte in cui prevedeva che gli enti delle confessioni religiose diverse da

¹⁴⁰ Nel valutare il bilanciamento di interessi predisposto dal legislatore, la Corte Costituzionale ha espressamente affermato che *“può essere utilizzato il test di proporzionalità, insieme con quello di ragionevolezza, che richiede di valutare se la norma oggetto di scrutinio, con la misura e le modalità di applicazione stabilite, sia necessaria e idonea al conseguimento di obiettivi legittimamente perseguiti, in quanto, tra più misure appropriate prescrive quella meno restrittiva dei diritti a confronto e stabilisca oneri non sproporzionati rispetto al perseguimento di detti obiettivi”* (Corte Costituzionale, 10 giugno 2014, n. 162).

¹⁴¹ Corte Costituzionale, 10 giugno 2014, n. 162.

¹⁴² Corte Costituzionale, 27 febbraio 2015, n. 23.

¹⁴³ Corte Costituzionale, 29 gennaio 2016, n. 10.

quella cattolica dovevano stipulare una convenzione a fini urbanistici con il Comune interessato¹⁴⁴; e nella decisione sull'articolo 1, comma 1, della legge della Regione Veneto, 21 febbraio 2017, n. 6, laddove stabiliva che hanno titolo di precedenza per l'ammissione all'asilo nido, fra gli altri, i figli di genitori residenti in Veneto, anche in modo non continuativo, da almeno quindici anni¹⁴⁵. Inoltre, una versione sostanzialmente analoga a quella richiamata del test di proporzionalità è stata utilizzata dalla Corte Costituzionale, in alcune decisioni aventi ad oggetto le relazioni tra Stato e Regioni, ove, comunque, sono implicati diritti ed interessi costituzionalmente rilevanti¹⁴⁶.

Una formulazione in parte diversa del test di proporzionalità si rinviene in quelle decisioni, nella quali la Corte Costituzionale è stata chiamata a pronunciarsi sulla costituzionalità delle previsioni del D.Lgs. n. 104 del 2010 (Nuovo Codice del Processo Amministrativo), che individuano in ipotesi tassative la competenza funzionale inderogabile del Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio. In tali occasioni, la Corte Costituzionale ha fatto ricorso ad una versione parzialmente diversa dello standard argomentativo della proporzionalità, che sembra, comunque, ricomprendere tutte e quattro le fasi di cui generalmente si compone il test. Infatti, secondo la Corte, nel valutare le deroghe al criterio generale della competenza territoriale disposte dalle previsioni legislative censurate, è opportuno *“accertare che ogni deroga al suddetto criterio sia disposta in vista di uno scopo legittimo, giustificato da un idoneo interesse pubblico; che la medesima deroga sia contraddistinta da una connessione razionale rispetto al fine perseguito; e che, infine, essa risulti necessaria rispetto allo scopo, in modo da non imporre un irragionevole stravolgimento degli*

¹⁴⁴ Corte Costituzionale, 24 marzo 2016, n. 63. La Corte, nel ritenere non fondata la questione di costituzionalità delle disposizioni impugnate ha affermato che le previsioni legislative si prestano *“a soddisfare il principio e il test di proporzionalità, che impongono di valutare se la norma oggetto di scrutinio, potenzialmente limitativa di un diritto fondamentale, quale è la libertà di culto, sia necessaria e idonea al conseguimento di obiettivi legittimamente perseguiti, in quanto, tra più misure appropriate, prescriva di applicare sempre quella meno restrittiva dei diritti individuali e imponga sacrifici non eccedenti quanto necessario per assicurare il perseguimento degli interessi ad essi contrapposti”*.

¹⁴⁵ Corte Costituzionale, 25 maggio 2018, n. 107.

¹⁴⁶ Corte Costituzionale, 22 dicembre 2015, n. 272 e Corte Costituzionale, 27 giugno 2018, n. 137.

ordinari criteri di riparto della competenza in materia di giustizia amministrativa”¹⁴⁷. Come si vede, l’argomentazione svolta dai giudici costituzionali sembra scomporre lo schema argomentativo della proporzionalità in quattro fasi: la legittimità¹⁴⁸, l’idoneità¹⁴⁹, la necessità¹⁵⁰ e la proporzionalità in senso stretto¹⁵¹.

VIII. Riflessioni finali

Le considerazioni svolte inducono a qualche riflessione conclusiva. Innanzitutto, all’attualità non è forse più corretto parlare di un approccio al principio di proporzionalità completamente de-strutturato da parte della Corte Costituzionale; infatti, non di rado, è possibile individuare nel percorso logico argomentativo seguito dai giudici costituzionali uno schema interpretativo che molto assomiglia al test di proporzionalità. Ovviamente, se non è possibile trascurare tale dato di fatto, al tempo stesso la presenza del test di proporzionalità nelle motivazioni della Corte Costituzionale non deve essere enfatizzata, per un triplice ordine di ragioni.

In primo luogo, si tratta di formulazioni ancora acerbe, in parte incompiute, che non scandiscono in maniera dettagliata le singole fasi, di cui si compone lo standard argomentativo della proporzionalità. Al tempo stesso, anche laddove è possibile scindere le singole componenti del test di proporzionalità, non sono

¹⁴⁷ Corte Costituzionale, 6 giugno 2014, n. 159. Si veda, altresì, Corte Costituzionale, 13 giugno 2014, n. 174 e Corte Costituzionale, 23 giugno 2014, n. 182.

¹⁴⁸ La fase della legittimità si rinviene ove la Corte Costituzionale richiede di accertare il perseguimento di uno scopo legittimo.

¹⁴⁹ La fase dell’idoneità si rinviene all’interno della motivazione, nel passaggio in cui la Corte richiede di verificare la presenza di una connessione razionale della disposizione rispetto al fine perseguito.

¹⁵⁰ La fase della necessità è espressamente menzionata, laddove la Corte Costituzionale impone di accertare che la misura legislativa sia necessaria rispetto allo scopo raggiunto.

¹⁵¹ La fase della proporzionalità in senso stretto si rinviene nel momento in cui la Corte Costituzionale richiede di verificare che la disposizione censurata non comporti un irragionevole stravolgimento. Con tale espressione, infatti, la Corte sembra voler dire che i sacrifici inflitti agli interessi costituzionali non debbono essere eccessivi rispetto ai benefici raggiunti e che, dunque, la disposizione impugnata non debba imporre un onere sproporzionato ai diritti coinvolti.

tuttavia ben specificate le valutazioni ed il contenuto di ciascuna passaggio argomentativo.

In secondo luogo, i casi in cui la Corte ha fatto ricorso al test di proporzionalità costituiscono pur sempre episodi isolati, che non consentono, diversamente da altre esperienze costituzionali, di apprezzare la portata generale di tale schema interpretativo. Invero, la Corte Costituzionale non ha ancora provveduto a formulare, in via generale, una versione del test di proporzionalità che possa essere impiegata nella risoluzione di tutte le ipotesi di conflitto tra diritti fondamentali.

In terzo luogo, se da un lato è da apprezzare lo sforzo compiuto nel ricorrere alla tecnica interpretativa della proporzionalità, dall'altro lato non è possibile trascurare le soluzioni ed i limiti sostanziali alle operazioni di bilanciamento che la Corte Costituzionale ha individuato nel corso degli anni. Pertanto, anche qualora la Corte optasse per un maggiore e generalizzato utilizzo del test di proporzionalità, l'elaborazione di tale standard argomentativo dovrebbe aggiungersi e non sostituirsi del tutto al limite del contenuto essenziale dei diritti fondamentali. O meglio, sarebbe auspicabile che la versione italiana dello standard argomentativo della proporzionalità incorporasse nelle valutazioni svolte anche il concetto di nucleo primario; ciò potrebbe avvenire all'interno delle considerazioni proprie della quarta componente del test, vale a dire la proporzionalità in senso stretto. Infatti, nel momento in cui la Corte è chiamata ad accertare gli effetti in concreto della disposizione impugnata, soppesando benefici e sacrifici, potrebbe anche verificare se la previsione censurata interferisce, nella fattispecie concreta, con il contenuto essenziale dei diritti fondamentali coinvolti.

In sostanza, la Corte Costituzionale ha inaugurato un nuovo capitolo per quanto concerne la tecnica interpretativa della proporzionalità. Non resta, adesso, che attendere nuove pronunce per verificare se la strada appena intrapresa verrà confermata ed ulteriormente sviluppata, oppure se le decisioni richiamate rimarranno episodi isolati.

Capitolo IV

La Corte Suprema degli Stati Uniti

I. Introduzione. - II. Il dibattito sull'interpretazione della Costituzione e l'elettismo della Corte Suprema. - II.1. Scarso utilizzo della comparazione nell'interpretazione del testo costituzionale. - III. Diffusa resistenza ad adottare la proporzionalità. - III.1. Ragioni per il rifiuto della proporzionalità. - III.1.1. Struttura e linguaggio della Costituzione. - III.1.2. Isolamento della Corte Suprema degli Stati Uniti. - III.1.3. *Path dependence*. - III.1.4. Timore nei confronti dei giudici e del loro ruolo. - IV. *Categorical approach - two-tier review system*. - IV.1. *Rational basis test*. - IV.2. *Strict scrutiny*. - V. Le patologie del modello *two-tier*. - V.1. Incertezza ed arbitrarietà. - V.2. *Abdication*. - V.3. *Instability*. - V.3.1. *Rational basis with bite*. - V.3.2. *Loose strict scrutiny*. - V.3.3. *Intermediate scrutiny*. - VI. È corretto continuare a parlare di *American exceptionalism*, anche con riferimento alla proporzionalità? - VI.1. Similitudini analitiche tra il test di proporzionalità ed il sistema *two-tier*. - VI.2. La proporzionalità, come principio, nella giurisprudenza della Corte Suprema. - VI.3. Il test di proporzionalità nella giurisprudenza della Corte Suprema. - VII. Nuove prospettive. - VII.1. Aree nelle quali il terreno è già fertile per l'incorporazione del test di proporzionalità. - VII.2. La versione statunitense del test di proporzionalità.

I. Introduzione

Tradizionalmente il sistema costituzionale statunitense viene presentato dalla dottrina americana e comparatista come un'esperienza del tutto eccezionale. L'espressione *American exceptionalism*, che assume molteplici significati con riferimento alle peculiarità dell'esperienza costituzionale americana¹, rileva anche ai

¹ L'espressione *American exceptionalism* viene generalmente attribuita ad Alexis De Tocqueville; al riguardo, si veda A. De Tocqueville, *Democracy in America* (a cura di J.P. Mayer, tradotto da George Lawrence), New York, Anchor Books, 1969, ove l'autore ha sottolineato che "*the Americans are in an exceptional situation, and it is unlikely that any other democratic people will be similarly placed*" (pp. 455-456). La formula *American exceptionalism* ricomprende al suo interno numerose peculiarità che rendono in sostanza l'ordinamento costituzionale statunitense una realtà eccezionale se confrontata con altre esperienze costituzionali. Per un approfondimento sulla nozione di *American exceptionalism*, con particolare riferimento ai diritti fondamentali, si rinvia a M. Ignatieff (a cura di), *American exceptionalism and Human Rights*, Princeton, Princeton University Press, 2005.

Nell'ambito del presente lavoro l'espressione *American exceptionalism* vuole indicare che la Corte Suprema degli Stati Uniti ha optato, almeno in passato, per un sostanziale rifiuto della

fini del presente lavoro. Infatti, si riteneva che non vi fosse traccia nelle pronunce della Corte Suprema né della proporzionalità intesa come principio e criterio di valutazione, né tanto meno dello standard interpretativo fornito dal test di proporzionalità. Sempre secondo la dottrina tradizionale, la Corte Suprema aveva delineato un modello ermeneutico di tutela dei diritti a due velocità, il c.d. *two-tier system of judicial review*, incentrato - almeno in origine - sulla rigida ripartizione tra *strict scrutiny* e *rational basis review*.

Tale impostazione viene oggi giorno messa in forte discussione; ed è proprio in tale direzione che il presente capitolo intende offrire il suo contributo. In primo luogo, saranno esaminate le ragioni che hanno portato ad un sostanziale rifiuto della proporzionalità. In secondo luogo, si dovranno necessariamente analizzare le diverse tipologie di *scrutiny*, delineate dalla Corte Suprema, per metterne in risalto sia gli sviluppi, sia le patologie ed i profili problematici. Successivamente, sarà messa in discussione la nozione di *American exceptionalism*, nel significato accolto dal presente lavoro, per un duplice ordine di ragioni. Da un lato, infatti, è possibile rinvenire similitudini analitiche tra il test di proporzionalità e alcune componenti delle diverse fattispecie di *scrutiny*. Dall'altro lato, l'esame della giurisprudenza rivela che, almeno in alcune aree, il principio di proporzionalità ed il relativo test non sono, poi, del tutto estranei all'esperienza costituzionale statunitense. Preso atto di ciò, il lavoro intende sostenere l'opportunità di un più generalizzato impiego del test di proporzionalità da parte della Corte Suprema, con i dovuti adattamenti e le doverose modifiche, cui tale tecnica interpretativa dovrà essere sottoposta, per essere adeguata alle peculiarità del sistema costituzionale americano. Il punto di arrivo è, pertanto, l'individuazione di una versione statunitense del test di proporzionalità; mentre, il punto di partenza è rappresentato da alcune brevi considerazioni sui connotati propri dell'interpretazione costituzionale negli Stati Uniti.

proporzionalità ed ha preferito impiegare tecniche e standard argomentativi diversi, risultando in tal modo eccezionale rispetto a tutte quelle Corti, costituzionali e supreme, che hanno invece accolto il test di proporzionalità.

II. Il dibattito sull'interpretazione della Costituzione e l'elettismo della Corte Suprema

Il dibattito in merito all'interpretazione del testo costituzionale è stato, fin dagli albori, particolarmente acceso negli Stati Uniti. Le maggiori problematiche e le principali divergenze sono la conseguenza di alcune caratteristiche proprie della Costituzione e dell'impianto che quest'ultima crea. In primo luogo, le espressioni impiegate risultano estremamente vaghe e generiche². Ad esempio, quale significato attribuire alla parola *commerce*, utilizzata nella Sezione otto del Primo Articolo della Costituzione? In secondo luogo, il significato - tecnico o generalmente riconosciuto - che alcune espressioni avevano al momento dell'adozione della Costituzione risulta essere, a distanza di oltre duecento anni, arcaico ed inadeguato a rispondere alle nuove istanze di carattere economico e sociale. Infine, mentre, da un lato, la Costituzione pone particolare attenzione nel disciplinare il funzionamento interno di ciascun organo; dall'altro lato, sembra non preoccuparsi di regolare le relazioni intercorrenti tra ciascuno di essi³.

Le dispute relative all'interpretazione costituzionale, a loro volta, hanno dato origine a due posizioni che hanno visto - e vedono tutt'oggi - contrapposti fra di loro giudici statali e federali e, fra quest'ultimi, in primo luogo quelli della Corte Suprema americana. Il riferimento è all'ideologia *originalist*⁴, da una parte, e a quella *non originalist*⁵, dall'altra.

Secondo la concezione *originalist*, che trovava nel giudice Scalia il proprio principale sostenitore, "*judges deciding constitutional issues should confine themselves to enforcing norms that are stated or clearly implicit in the written*

² Si veda, al riguardo, M. Tushnet, *The United States: Eclecticism in the Service of Pragmatism*, in J. Goldsworthy, *Interpreting Constitutions. A Comparative Study*, Oxford, Oxford University Press, 2006, pp. 18-19.

³ M. Tushnet, *The United States: Eclecticism in the Service of Pragmatism*, cit., pp. 20-22.

⁴ Spesso indicata anche con il termine *interpretivism*.

⁵ Spesso indicata anche con l'espressione *noninterpretivism*.

Constitution”⁶. I giudici, pertanto, dovrebbero riconoscere solamente i diritti espressamente previsti nel testo costituzionale o, comunque, chiaramente desumibili dalle intenzioni dei padri costituenti. Viceversa, laddove la Costituzione rimane silente, ai giudici non resterebbe altro che astenersi e lasciare il compito al legislatore. Si tratta, a ben vedere, di una posizione molto rigida, di stampo conservatrice, che non consente di riconoscere, in via interpretativa, nuovi diritti e nuovi interessi rispetto a quelli esplicitamente previsti in Costituzione. In tale prospettiva, spetta esclusivamente al potere di revisione costituzionale il compito di modificare, aggiornare e rinnovare il testo costituzionale.

Su una posizione diametralmente opposta, si colloca, invece, l’ideologia *non originalist*. Ed infatti, “*non originalism is the contrary view that courts should go beyond that set of references and enforce norms that cannot be discovered within the four corners of the document*”⁷. Ne consegue che, nell’ottica non originalista, la Corte Suprema può, del tutto legittimamente, interpretare la Costituzione così da riconoscere anche i diritti che non sono chiaramente ricompresi nel testo ovvero non sono da esso facilmente desumibili. Pertanto, è ben possibile emendare ed adeguare la Costituzione, non solo attraverso il potere di revisione costituzionale, ma anche in via interpretativa. Tale conclusione trova ulteriore ragione nel carattere particolarmente gravoso e complesso⁸ che presenta il procedimento per emendare la Costituzione americana, previsto dall’articolo V della Costituzione medesima⁹.

Nel corso degli anni, la Corte Suprema degli Stati Uniti ha aderito, con periodica alternanza, ad entrambe le concezioni ideologiche¹⁰. Ovviamente, rilevanti per far

⁶ J. H. Ely, *Democracy and Distrust. A Theory of Judicial Review*, Cambridge, Harvard University Press, 1980, p. 1.

⁷ J. H. Ely, *Democracy and Distrust. A Theory of Judicial Review*, cit., p. 1.

⁸ E. Chemerinsky, *Constitutional Law. Principles and Policies*, 5th ed., New York, Wolters Kluwer, 2015, pp. 24-25.

⁹ Si rifletta sul fatto che l’articolo V della Costituzione americana richiede la maggioranza qualificata di due terzi di ciascuna camera e la ratifica da parte di tre quarti degli Stati.

¹⁰ Ad esempio, nel 1905, in *South Carolina v. United States*, 199 U.S. 437, (1905), la Corte ha esplicitamente affermato che “*The Constitution is a written instrument. As such its meaning does not alter. That which it meant when adopted, it means now*” (p. 448). Peraltro, pochi decenni dopo,

propendere la Corte verso una concezione piuttosto che verso l'altra, risultano gli ideali ed i valori dei singoli giudici che in un determinato momento storico la compongono.

Il dibattito *originalism - non originalism* ha notevoli ripercussioni per quanto concerne l'argomentazione giuridica ed in particolare le tecniche ermeneutiche impiegate dai giudici della Corte Suprema quando sono chiamati ad interpretare il testo costituzionale. Infatti, coloro che si riconoscono nella ideologia *originalist*, tendono a privilegiare l'interpretazione letterale e quella che cerca di ricostruire l'originaria intenzione dei padri costituenti, il cd *original intent*¹¹. In tale prospettiva, un ruolo di primo piano viene attribuito alla storia, in quanto chiave di lettura delle situazioni presenti e future. Dall'altro lato, i sostenitori della concezione *non originalist*, concentrano la loro attenzione su altre tecniche ermeneutiche, quali, ad esempio, l'interpretazione evolutiva e l'interpretazione teleologica. L'idea è, appunto, quella di una *living constitution*, che necessita di essere costantemente aggiornata ed adeguata alle nuove e mutevoli esigenze, per rimanere sempre attuale e non diventare un testo obsoleto, privo di significato sostanziale. Risultano pertinenti, a tal proposito, le parole impiegate in una celebre opinione dal Chief Justice Marshall, secondo il quale "*the Constitution was intended to endure for ages to come, and, consequently, to be adapted to the various crises of human affairs*"¹².

Il risultato pratico di quanto sin qui esposto è che la Corte Suprema, divisa da contrastanti ideologie, ha utilizzato, nel corso degli anni ed in maniera alternata,

nel 1934, la Corte ha ribaltato la posizione espressa in *South Carolina v. United States* ed ha affermato nel caso *Home Building and Loan Assn. v. Blaisdell*, 290 U.S. 398, (1934), che "*If by the statement that what the Constitution meant at the time of its adoption it means today, it is intended to say that the greater clauses of the Constitution must be confined to the interpretation which the framers, with the conditions and outlook of their time, would have placed upon them, the statement carries its own refutation. It was to guard against such a narrow conception that Chief Justice John Marshall uttered the memorable warning - "We must never forget that it is a constitution we are expounding"* (pp. 442-443).

¹¹ S. Gardbaum, *The Myth and the Reality of American Constitutional Exceptionalism*, in 107, *Michigan Law Review*, 2008, 391, pp. 408-411.

¹² *McCulloch v. Maryland*, 17 U.S. 316, (1819), p. 415.

un vastissimo repertorio di tecniche argomentative; talmente ampio che parte della dottrina statunitense ha impiegato l'aggettivo "eclettico"¹³, per descrivere l'atteggiamento tenuto dalla Corte Suprema.

II.1. Scarso utilizzo della comparazione nell'interpretazione del testo costituzionale

La contrapposizione tra le due ideologie, *originalism* e *non originalism*, ha dato vita, all'interno della Corte Suprema, ad un vivace scambio di idee relativo alla possibilità di avvalersi di soluzioni straniere per l'interpretazione del diritto nazionale.

Le maggiori critiche all'utilizzo della comparazione quale strumento di interpretazione provengono, infatti, dai sostenitori dell'ideologia *originalist*. Ed invero, dal momento che l'interprete dovrebbe attenersi rigorosamente al testo per ricavarne il significato originale, non stupisce che non sia contemplata la possibilità di ricorrere alla comparazione giuridica per l'interpretazione del diritto statunitense¹⁴. A tal proposito si richiamano le parole del giudice Scalia il quale, in un caso inerente la ripartizione delle competenze tra potere federale e potere statale, affermò che "*comparative analysis is inappropriate to the task of interpreting a constitution*"; per poi concludere che "*our federalism is not Europe's*"¹⁵. In un'altra occasione, il giudice Scalia, nel sostenere la totale inutilità della comparazione nell'interpretazione del diritto, affermò che "*the views of other nations, however enlightened the Justices of this Court may think them to be, cannot be imposed upon Americans through the Constitution*"¹⁶. Tale

¹³ Per quanto concerne l'eclettismo della Corte Suprema, si veda V. C. Jackson, *Constitutional Engagement in a Transnational Era*, Oxford, Oxford University Press, 2010, pp. 134-138.

¹⁴ M. Cohen Eliya, I. Porat, *The Hidden Foreign Law Debate in Heller: The Proportionality Approach in American Constitutional Law*, in 46 *San Diego Law Review*, 2009, 367, pp. 378-384.

¹⁵ *Printz v. United States*, 521 U.S. 898, (1997), p. 921.

¹⁶ *Thompson v. Oklahoma*, 487 U.S. 815, (1988), p. 868.

posizione estrema e particolarmente ostile all'utilizzo della comparazione era ed è tutt'oggi condivisa da un altro giudice della Corte Suprema: Thomas¹⁷.

Sull'altro versante si collocano quei giudici meno conservatori, distanti dall'ideologia *originalist* e, dunque, più aperti a riconoscere l'utilità dell'espresso riferimento al diritto straniero ed internazionale. Viene in rilievo, innanzitutto, il giudice Breyer che, in più di un'occasione¹⁸, ha sottolineato l'importanza del ricorso alla comparazione giuridica¹⁹. Nell'opinione dissenziente, in *Knight v. Florida*, egli affermò che “*willingness to consider foreign judicial views in comparable cases is not surprising in a Nation that from its birth has given a decent respect to the opinions of mankind*”²⁰. Analoghe posizioni sono state espresse, nel corso degli anni, dai giudici Brennan²¹, O'Connor²² e Ginsburg²³, nonché dal Chief Justice Rehnquist²⁴.

¹⁷ *Knight v. Florida*, 528 U.S. 990, (1999). In tale occasione, il giudice Thomas, mediante un'opinione concorrente, nel negare il writ of certiorari impiegò le seguenti parole: “*Were there any such support in our own jurisprudence, it would be unnecessary for proponents of the claim to rely on the European Court of Human Rights, the Supreme Court of Zimbabwe, the Supreme Court of India or the Privy Council*” (p. 990).

¹⁸ Si veda l'opinione concorrente del giudice Breyer in *Nixon v. Shrink Mo., Gov't PAC*, 528 U.S. 377, (2000), pp. 402-403. Si veda, altresì, l'opinione dissenziente in *Printz v. United States*, cit., pp. 977-978.

¹⁹ V. C. Jackson, *Ambivalent Resistance and Comparative Constitutionalism: Opening up the Conversation on “Proportionality”, Rights and Federalism*, in 1 *Journal of Constitutional Law*, 2014, 583, p. 585.

²⁰ *Knight v. Florida*, cit., p. 997.

²¹ Si veda l'opinione dissenziente del giudice Brennan in *Stanford v. Kentucky*, 492 U.S. 361, (1989), secondo il quale “*choices of governments elsewhere in the world also merit our attention as indicators whether a punishment is acceptable in a civilized society*” (p. 384).

²² S. D. O'Connor, *Broadening Our Horizons: Why Americans Lawyers Must Learn About Foreign Law*, in 45 *Federal Law*, 1997, 20, pp. 20 - 21.

²³ R. B. Ginsburg, D. J. Merritt, *Affirmative Action: An International Human Rights Dialogue*, in 21 *Cardozo Law Review*, 1999, 253, ove l'autrice sottolinea che “*In my view, comparative analysis emphatically is relevant to the task of interpreting constitutions and enforcing human rights*” (p. 282). Si veda, inoltre, l'opinione concorrente del giudice O'Connor, condivisa dal giudice Breyer, in *Grutter v. Bollinger*, 539 U.S. 306, (2003), p. 344.

²⁴ W. Rehnquist, *Constitutional Courts-Comparative Remarks*, in P. Kirchof, D. P. Kommers, *Germany and its Basic Law: Past, Present and Future: a Germanic-American Symposium*, Baden-Baden, Nomos, 1993. In tale occasione, il Chief Justice Rehnquist affermò che: “*For nearly a century and a half, courts in the United States exercising the power of judicial review had no precedents to look to save their own, because our courts alone exercised this sort of authority. When many new constitutional courts were created after the Second World War, these courts*

Come dimostrano gli esempi richiamati, l'utilizzo di soluzioni straniere per l'interpretazione del diritto statunitense è stato alquanto problematico. Se osserviamo la Corte Suprema nel suo complesso, senza distinguere le posizioni tenute dai singoli giudici, si può abbastanza agevolmente concludere che negli Stati Uniti la comparazione giuridica, come strumento interpretativo, non riveste un ruolo particolarmente rilevante. Invero, la Corte Suprema si è sempre mostrata abbastanza timida - se non riluttante - ad impiegare e a menzionare esplicitamente, nelle proprie pronunce, sentenze straniere, siano esse di altre Corti costituzionali, siano esse di Corti sovra-nazionali²⁵. Solamente nel periodo compreso fra il 2002 ed il 2005, la Corte Suprema è apparsa maggiormente disponibile ad adottare, in opinioni di maggioranza, soluzioni straniere per risolvere le controversie che era stata chiamata a dirimere. Si vedano, innanzitutto, le sentenze *Atkins v. Virginia*²⁶ e *Roper v. Simmons*²⁷, due casi che riguardano l'interpretazione dell'ottavo Emendamento. La Corte Suprema, facendo espresso riferimento ad esperienze diverse da quella americana, dichiarò costituzionalmente illegittime due leggi statali, che prevedevano, rispettivamente, la pena capitale per le persone mentalmente incapaci e per le persone minori di età. Si veda, altresì, la pronuncia *Lawrence v. Texas*²⁸, ove viene menzionata la giurisprudenza della Corte Europea dei diritti dell'uomo, prima di dichiarare

naturally looked to decisions of the Supreme Court of the United States, among other sources, for developing their own law. But now that constitutional law is solidly grounded in so many countries, it is time that in the United States courts begin looking to the decisions of other constitutional courts to aid in their own deliberative process. The United States courts and legal scholarship in our country generally, have been somewhat laggard in relying on comparative law and decisions of other countries. But I predict that with so many thriving constitutional courts in the world today ... that approach will be changed in the near future" (pp. 411-412). Si veda anche l'opinione, concorrente in parte e dissenziente in parte, del Chief Justice Rehnquist in *Planned Parenthood v. Casey*, 505 U.S. 833, (1992), pp. 945 ss., ove si fa espresso riferimento alle pronunce tedesche e canadesi in materia di aborto.

²⁵ M. Cohen-Eliya, I. Porat, *American Balancing and German Proportionality: the Historical Origins*, in 8 *International Journal of Constitutional Law*, 2010, 263, p. 264; V. C. Jackson, *Ambivalent Resistance and Comparative Constitutionalism: Opening up the Conversation on "Proportionality", Rights and Federalism*, cit., p. 589; S. Gardbaum, *The Myth and the Reality of American Constitutional Exceptionalism*, cit., p. 409; M. Tushnet, *The United States: Eclecticism in the Service of Pragmatism*, cit., pp. 45-47.

²⁶ *Atkins v. Virginia*, 536 U.S. 304, (2002), pp. 320-321.

²⁷ *Roper v. Simmons*, 543 U.S. 551, (2005), p. 568.

²⁸ *Lawrence v. Texas*, 539 U.S. 558, (2003), pp. 578-579.

l'incostituzionalità di una legge del Texas che vietava atti di sodomia, anche se svolti tra persone adulte, entrambe consenzienti, nell'intimità domestica. Ed infine, si richiama la decisione *Grutter v. Bollinger*²⁹, ove la Corte Suprema ritenne costituzionalmente legittimo il sistema di ammissione degli studenti alla Scuola di Giurisprudenza, predisposto dall'Università del Michigan.

Dopo il 2005 - anche in virtù dell'enorme clamore suscitato da tali pronunce e dell'acuirsi del dibattito sull'uso della comparazione³⁰ - la Corte Suprema non ha adottato più opinioni di maggioranza con espliciti riferimenti al diritto straniero. Ciò, ovviamente, non vuol dire che i giudici federali statunitensi non guardino con una certa attenzione all'estero; ma, semplicemente, che, qualora volgano lo sguardo al diritto straniero, nelle opinioni di maggioranza non viene fatto espresso riferimento alle soluzioni prese in considerazione. Tale fenomeno si verifica talvolta anche nelle opinioni dissenzienti ed in quelle concorrenti. Si pensi, a tal proposito, all'opinione dissenziente del giudice Breyer nel caso *District of Columbia v. Heller*³¹, ove le allusioni ed i riferimenti al diritto costituzionale di altri Stati sono del tutto implicite e presupposte nel ragionamento sviluppato; infatti, nonostante il giudice Breyer faccia riferimento alla nozione di proporzionalità, di evidente origine europea, non viene esplicitamente menzionata nessuna esperienza straniera.

III. Diffusa resistenza ad adottare la proporzionalità

Gli Stati Uniti vengono tendenzialmente presentati come un'esperienza del tutto eccezionale, se confrontati con le altre esperienze costituzionali che, al giorno d'oggi, si rispecchiano nella formula *new constitutionalism*³². In particolare, per

²⁹ *Grutter v. Bollinger*, cit., pp. 343-344.

³⁰ V. Varano, V. Barsotti, *La tradizione giuridica occidentale. Testo e materiali per un confronto civil law common law*, 6th ed., Torino, Giappichelli Editore, 2018, pp. 17-22.

³¹ *District of Columbia v. Heller*, 554 U.S. 570, (2008).

³² Tale formula tende oggi a ricomprendere genericamente, in un'unica espressione, le seguenti caratteristiche: una costituzione scritta e garantita; una carta dei diritti fondamentali inserita in costituzione; un controllo di costituzionalità delle leggi, al fine di proteggere i diritti fondamentali. Per un maggiore approfondimento sul tema, alquanto discusso in dottrina, si rinvia a A. Stone

quanto concerne l'impiego della proporzionalità, intesa sia come criterio di valutazione sia come tecnica argomentativa, la Corte Suprema degli Stati Uniti viene spesso considerata un “*outlier in this transnational embrace of proportionality in constitutional law*”³³. Ed infatti - secondo la tradizionale dottrina americana e comparatista - il principio di proporzionalità ed il relativo test non sono stati (quasi) mai presi in considerazione nelle pronunce della Corte Suprema; quest'ultima ha preferito - sempre in un'ottica tradizionale - adottare parametri e strumenti ermeneutici diversi, piuttosto che aprire le porte alla proporzionalità³⁴. Vi è perfino chi ha parlato di una vera e propria riluttanza ad adottare la proporzionalità, come criterio per valutare la costituzionalità delle leggi e come schema interpretativo utile per la risoluzione delle controversie in materia di diritti fondamentali³⁵.

In sostanza, da un esame sommario della dottrina tradizionale, si desume una generalizzata resistenza da parte della Corte Suprema degli Stati Uniti ad adottare la proporzionalità ed, in particolare, ad elaborare una propria versione del test di proporzionalità. Risulta, pertanto, dirimente esaminare le ragioni che hanno condotto a tale rifiuto.

III.1. Ragioni per il rifiuto della proporzionalità

I motivi alla base del rifiuto della proporzionalità sono molteplici e di varia natura; di seguito sono individuate quattro macro-categorie che possono contribuire a spiegarne le ragioni.

Sweet, J. Mathews, *Proportionality Balancing and Global Constitutionalism*, in 47 *Columbia Journal of Transnational Law*, 2008-2009, 72, pp. 84-86. Si veda, altresì: R. Hirschl, *Towards Juristocracy. The Origins and Consequences of the New Constitutionalism*, Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press, 2004; T. Gyorfi, *Against the New Constitutionalism*, Cheltenham, United Kingdom, Edward Elgar Publishing, 2016.

³³ V. J. Jackson., *Constitutional Law in an Age of Proportionality*, in 124 *Yale Law Journal*, 2014-2015, 3094, p. 3096.

³⁴ B. Schlink, *Proportionality in Constitutional Law: Why Everywhere but Here?*, in 22 *Duke Journal of Comparative & International Law*, 2011-2012, 291; A. Stone Sweet, J. Mathews, *Proportionality Balancing and Global Constitutionalism*, cit. p. 74.

³⁵ M. Cohen-Eliya, I. Porat, *Proportionality and Constitutional Culture*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013, p. 4.

III.1.1. Struttura e linguaggio della Costituzione

La Costituzione degli Stati Uniti presenta alcune caratteristiche che, indubbiamente, possono avere reso più difficile l'ingresso della proporzionalità nel sistema di giustizia costituzionale americano.

In primo luogo, si pensi all'età della Costituzione. Si tratta, infatti, di una Costituzione particolarmente longeva - addirittura la più antica attualmente in vigore³⁶ - specialmente se paragonata ai testi costituzionali adottati nel secondo dopoguerra³⁷. Ciò comporta inevitabili conseguenze. Infatti, quando nel secondo dopoguerra la proporzionalità si è affrancata dal diritto amministrativo ed è divenuta un criterio rilevante nei giudizi di costituzionalità delle leggi, negli Stati Uniti si era già ampiamente sviluppato, da più di un secolo, un sistema di controllo di costituzionalità con caratteristiche proprie. A tal proposito, Vicki C. Jackson ha evidenziato che *“an evolving body of U.S. case law had already developed well before the atrocities of World War II and the subsequent explosion of international human rights law”*³⁸. Le stesse considerazioni possono essere riproposte per quanto concerne il test di proporzionalità: nel momento in cui la Corte Costituzionale tedesca ha, per la prima volta, formulato uno schema interpretativo per la gestione dei conflitti tra diritti fondamentali, negli Stati Uniti la Corte Suprema stava già utilizzando, da oltre un secolo, un altro modello argomentativo, il c.d. *two-tier system*.

In secondo luogo, vengono in rilievo sia l'estrema brevità della Costituzione, sia il fatto che solamente pochi diritti fondamentali trovano espresso riconoscimento nel testo Costituzionale³⁹. In esso, infatti, si rinvencono solamente i cd. diritti di

³⁶ S. Gardbaum, *The Myth and the Reality of American Constitutional Exceptionalism*, cit., pp. 399-401.

³⁷ Si pensi, a titolo esemplificativo, alla Costituzione federale tedesca del 1949 o al Constitution Act, 1982, la cui Parte I costituisce la Canadian Charter of Rights and Freedoms.

³⁸ V. J. Jackson., *Constitutional Law in an Age of Proportionality*, cit., p. 3122.

³⁹ B. Schlink, *Proportionality*, in M. Rosenfeld, A. Sajo, *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, Oxford, Oxford University Press, 2012, pp. 719-737 e p. 731; A. Liptak, *'We the People' Loses Appeal with People Around the World*, in *New York Times*, 6 Febbraio, 2012.

prima generazione, vale a dire quei diritti di libertà, aventi carattere individuale, fra i quali rientrano la libertà di pensiero, di religione, di associazione ed il diritto alla partecipazione politica. Al contrario, non sono ricompresi i diritti di seconda generazione, di natura economica e sociale come, ad esempio, il diritto allo studio ed al lavoro, il diritto all'assistenza medico-sanitaria e, più in generale, tutti i diritti positivi di prestazione che, invece, hanno fatto il loro ingresso nelle Costituzioni moderne. Analogamente ed a maggior ragione, sono assenti sia i diritti di solidarietà⁴⁰ sia i cd. nuovi diritti, relativi al campo delle manipolazioni genetiche, della bioetica e delle nuove tecnologie di comunicazione, che costituiscono rispettivamente i diritti di terza e di quarta generazione⁴¹.

A tale peculiarità se ne correla un'altra: anche laddove la Costituzione riconosce un diritto fondamentale, essa utilizza un linguaggio estremamente conciso e sintetico⁴². Queste caratteristiche hanno l'inevitabile conseguenza di far sorgere, negli Stati Uniti, meno conflitti fra diritti di rilevanza costituzionale e, dunque, almeno in teoria, meno occasioni nelle quali la Corte Suprema è chiamata ad interpretare il testo costituzionale e ad utilizzare determinate tecniche ermeneutiche per risolvere le situazioni conflittuali.

Per quanto concerne la struttura della Costituzione, si deve infine riflettere su un'ulteriore peculiarità: il fatto che la Costituzione americana non preveda espressamente la possibilità di porre, al ricorrere di determinate circostanze, alcun limite ai diritti fondamentali⁴³. Infatti, non è presente nel testo costituzionale né una clausola di interferenza generale come, ad esempio, la sezione 1 della

⁴⁰ Fra i diritti di solidarietà, sono ricompresi, ad esempio, il diritto all'autodeterminazione dei popoli, alla pace, allo sviluppo, all'equilibrio ecologico, al controllo delle risorse nazionali ed il diritto alla difesa dell'ambiente.

⁴¹ Per un approfondimento sul tema, si rinvia a N. Bobbio, *L'età dei diritti*, Torino, Einaudi, 2014.

⁴² S. Gardbaum, *The Myth and the Reality of American Constitutional Exceptionalism*, cit., pp. 400-401.

⁴³ M. Cohen-Eliya, I. Porat, *The Administrative Origins of Constitutional Rights and Global Constitutionalism*, in V. C. Jackson, M. Tushnet, *Proportionality. New Frontiers. New Challenges*, Cambridge, Cambridge University Press, 2017, pp. 106-110.

Canadian Charter of Rights and Freedoms⁴⁴ o la sezione 36 della Costituzione del Sud Africa⁴⁵; né una clausola di interferenza specifica, limitata ad un determinato diritto come, ad esempio, l'articolo 9, comma 2, della Convenzione Europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali⁴⁶. È assente, pertanto, nella Costituzione americana un aggancio testuale, che legittimi l'utilizzo del test di proporzionalità per valutare l'ammissibilità di un'interferenza dei diritti fondamentali in essa sanciti. Tale connotato assume particolare rilevanza soprattutto in considerazione del ruolo centrale che viene attribuito al testo costituzionale⁴⁷.

Peraltro, la totale assenza di clausole di interferenza non deve trarre in inganno. I diritti fondamentali, infatti, sebbene siano espressi in termini assoluti, non godono di una protezione totale; al contrario, in presenza di specifiche condizioni, possono subire legittime limitazioni. I diritti fondamentali - per riprendere una distinzione cara alla dottrina americana - non sono considerati “*trumps*”⁴⁸, ovvero

⁴⁴ La sezione 1 della Canadian Charter of Rights and Freedoms contiene una clausola di interferenza generale, dal seguente tenore testuale: “*The Canadian Charter of Rights and Freedoms guarantees the rights and freedoms set out in it subject only to such reasonable limits prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society*”.

⁴⁵ La sezione 36 della Costituzione sudafricana, rubricata “Limitazione dei diritti” presenta la seguente formulazione testuale: “*I diritti garantiti in questo Bill of Rights possono essere limitati esclusivamente da una legge generale ed unicamente nel caso in cui le limitazioni siano ragionevoli e giustificabili in una società aperta e democratica, fondata sulla dignità umana, sull'eguaglianza e sulla libertà, prendendo in considerazione tutti i fattori rilevanti, tra cui:*

a) *la natura del diritto;*
b) *l'importanza dello scopo della limitazione;*
c) *la natura ed il grado di estensione della limitazione;*
d) *il rapporto tra la limitazione ed il suo scopo;*
e) *le modalità meno restrittive possibili per il raggiungimento di tale scopo*” (traduzione ripresa dal seguente link: http://www.carlofusaro.it/materiali/costituzione_sudafrica.html)

⁴⁶ L'articolo 9, comma 2, nel disciplinare le limitazioni legittime della libertà di religione, prevede che “*La libertà di manifestare la propria religione o il proprio credo non può essere oggetto di restrizioni diverse da quelle che sono stabilite dalla legge e che costituiscono misure necessarie, in una società democratica, alla pubblica sicurezza, alla protezione dell'ordine, della salute e della morale pubblica, o alla protezione dei diritti o della libertà altrui*”.

⁴⁷ M. Cohen-Eliya, I. Porat, *The Administrative Origins of Constitutional Rights and Global Constitutionalism*, cit., p. 107.

⁴⁸ R. Dworkin, *Taking Rights Seriously*, Cambridge, Harvard University Press, 1977, p. 193.

“carte sempre vincenti”; ma, piuttosto, “*shields*”⁴⁹, vale a dire “scudi-barriera”, contro l’imposizione di ingiustificate interferenze.

Da quanto sin qui esposto, consegue che negli Stati Uniti tutti i limiti imposti ai diritti fondamentali sono impliciti, in una duplice accezione: da un lato, non sono espressamente previsti in Costituzione⁵⁰; dall’altro, sono il prodotto del lavoro interpretativo svolto dai giudici, i quali hanno preferito fare affidamento su un modello già consolidato, piuttosto che sperimentare il (più moderno) test di proporzionalità.

III.1.2. Isolamento della Corte Suprema degli Stati Uniti

La Corte Suprema degli Stati Uniti si è trovata in una posizione di tendenziale isolamento nel panorama costituzionale globale; tale circostanza sembra essere il risultato del concorso di un duplice ordine di fattori.

Innanzitutto, gli Stati Uniti non hanno aderito ad alcuna organizzazione internazionale, dotata di una propria Corte, le cui pronunce siano vincolanti per gli Stati membri. Si pensi, al contrario, al sistema delineato dalla Convenzione Europea dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali, ove la giurisprudenza in materia di diritti fondamentali della Corte Europea dei diritti dell’uomo dispiega i propri effetti sulle Corti costituzionali degli Stati che vi hanno aderito. Ciò ha senz’altro contribuito, da un lato a favorire un costante dialogo tra le Corti nazionali e la Corte di Strasburgo⁵¹; dall’altro a promuovere una marcata tendenza all’omogeneizzazione⁵². Tutto ciò è invece assente negli Stati Uniti, dove la Corte

⁴⁹ F. Schauer, *A Comment on the Structure of Rights*, in 27 *Georgia Law Review*, 1993, 415, p. 443.

⁵⁰ S. Gardbaum, *Limiting Constitutional Rights*, in 54 *University of California, Los Angeles, Law Review*, 2007, 789, pp. 798-810.

⁵¹ In questa ipotesi si parla di “dialogo verticale”.

⁵² Si veda D. S. Law, *Generic Constitutional Law*, in 89 *Minnesota Law Review*, 2005, 652, ove l’autore afferma che “*federal and supranational structures foster constitutional homogenization. The most obvious path that constitutional doctrine travels within such structures is a vertical one, from top to bottom, as when federal or supranational law is formally binding upon state or national courts*” (p. 710).

Suprema non è impegnata in una relazione dialogica con alcuna Corte sovranazionale.

L'isolamento della Corte Suprema è la conseguenza di un ulteriore fattore. Torna pertinente quanto esposto in precedenza⁵³, in merito allo scarso utilizzo della comparazione come strumento di interpretazione; è stato osservato che la Corte Suprema si è mostrata abbastanza riluttante a volgere lo sguardo altrove e a prendere in considerazione soluzioni adottate da Corti straniere. È evidente, peraltro, che, così facendo, la Corte Suprema si è di fatto posta al di fuori del cd. “*international dialogue on human rights questions*”⁵⁴. Le Corti costituzionali, infatti, tendono ad instaurare un rapporto dialogico tra di loro, a prescindere dall'esistenza di un'organizzazione internazionale⁵⁵. Tale fenomeno si verifica, in particolar modo, nel settore della tutela dei diritti fondamentali, ove le Corti costituzionali sempre più frequentemente prendono in considerazione le decisioni adottate dai giudici stranieri per risolvere una specifica controversia. Ed il risultato di siffatto fenomeno è che, non di rado, le Corti tendono a fare proprie soluzioni interpretative già sperimentate in altre esperienze costituzionali con risultati soddisfacenti o, comunque, a convergere verso soluzioni ermeneutiche comuni e condivise. Ebbene, la Corte Suprema degli Stati Uniti non è ancora entrata a far parte di tale rapporto dialogico, con la conseguenza di porsi in una situazione di perdurante isolamento⁵⁶. Ciò ha senz'altro contribuito a rendere più difficoltosa, per i giudici federali americani, la consapevolezza dell'esistenza e del funzionamento dello standard argomentativo della proporzionalità, regolarmente impiegato da numerose Corti costituzionali e supreme di altri ordinamenti.

⁵³ Si veda *supra* Par. II.1.

⁵⁴ C. L'Heureux-Dubé, *From Many Different Stones: A House of Justice*, in 41 *Alberta Law Review*, 2003, 659, pp. 667-668.

⁵⁵ In questo caso si parla di “dialogo orizzontale”.

⁵⁶ Ciò con l'ulteriore ed ineluttabile conseguenza di vedere notevolmente diminuita la propria influenza nel panorama costituzionale globale. A tal proposito, si veda D. Law, M. Versteeg, *The Declining Influence of the United States Constitution*, in 87 *New York University Law Review*, 2012, No. 3, 762. Gli autori hanno individuato nella presenza di nuove e più attraenti Costituzioni, la principale ragione per spiegare il declino del testo costituzionale americano, che risulta, peraltro, vecchio ed obsoleto.

III.1.3. *Path dependence*

Un'ulteriore causa che ha reso particolarmente difficoltoso l'ingresso della proporzionalità negli Stati Uniti si rinviene in quel fenomeno che prende il nome di *path dependence*⁵⁷.

Nel momento in cui - nel secondo dopoguerra - la proporzionalità venne alla ribalta in Europa e si presentò come un affidabile schema interpretativo per vagliare la costituzionalità delle leggi che interferivano con i diritti fondamentali, negli Stati Uniti esisteva già un sistema di controllo di costituzionalità delle leggi, che, nel frattempo, aveva definito i propri tratti salienti⁵⁸. In particolare, tale modello, che privilegiava un approccio di tipo categorico, si fondava sulla netta distinzione fra *strict scrutiny* e *rational basis review*⁵⁹; esso, pertanto, era decisamente diverso dal modello incentrato sulla nozione di proporzionalità. Dunque, quando la proporzionalità emerse nel panorama costituzionale europeo, la Corte Suprema si trovò di fronte ad una duplice alternativa: continuare a fare affidamento sul modello classico, di cui conosceva pregi e difetti, ovvero sperimentare il test di proporzionalità con tutti i rischi e le incognite che questo poteva riservare. La Corte optò, almeno secondo la dottrina tradizionale, per la prima soluzione, consapevole delle difficoltà che avrebbe potuto incontrare nell'abbandonare un sentiero già percorso per seguirne uno totalmente sconosciuto.

Nell'ambito del presente lavoro⁶⁰, il fenomeno *path dependence* indica, pertanto, la diffusa resistenza della Corte Suprema americana ad abbandonare un modello

⁵⁷ M. Tushnet, *Advanced Introduction to Comparative Constitutional Law*, Cheltenham, United Kingdom, Edward Elgar Publishing, 2014, pp. 83-88.

⁵⁸ A. Shinar, *Method and Culture in American Constitutional Law: A Critique of Proportionality and Constitutional Culture*, in 10 *Jerusalem Review of Legal Studies*, 2014, No. 1, 137, pp. 155-156.

⁵⁹ Si veda *infra* Par. IV.

⁶⁰ L'espressione *path dependence* (che può essere tradotta con la formula "dipendenza dal percorso") indica un fenomeno, più generale, il cui campo di applicazione non è circoscritto al diritto costituzionale statunitense; tale concetto, infatti, rileva anche in altre aree del sapere come, ad esempio, l'economia e gli studi sociologici.

consolidato, la categorizzazione, per incorporarne uno nuovo, la proporzionalità, di cui ben poco conosceva. In altre parole, l'espressione *path dependence* esprime “*the fear of abandoning locally tailored doctrines in favour of non-American methods*”⁶¹. Tale diffidenza nei confronti della proporzionalità è stata maggiormente accentuata nei giudici che si rispecchiavano nell'ideologia *originalist*. Quest'ultimi, infatti, così come avversavano l'utilizzo della comparazione come strumento interpretativo, a maggior ragione non avrebbero potuto tollerare l'esplicita sostituzione del modello tradizionale, con uno di provenienza europea.

La rilevanza del fenomeno *path dependence* all'interno del diritto costituzionale americano trova ulteriore conferma nel pensiero di parte della dottrina; infatti, vi è chi ha posto l'accento sull'esigenza particolarmente pressante negli Stati Uniti di garantire un certo grado di stabilità⁶², anche con riferimento agli standard ermeneutici impiegati dalla Corte Suprema. Tale necessità ha, senz'altro, contribuito a far propendere la Corte Suprema per il sostanziale rifiuto dello standard argomentativo della proporzionalità.

III.1.4. Timore nei confronti dei giudici e del loro ruolo

Le avverse fortune della proporzionalità sono riconducibili ad un ulteriore fenomeno: la cd. “*American fears about judging and the role of judges*”⁶³. Negli Stati Uniti è presente, infatti, un “timore” nei confronti dei giudici e, in particolare, nei riguardi del controllo di costituzionalità delle leggi. Premesso che una certa resistenza nei confronti della *judicial review* si rinviene in tutte quelle esperienze costituzionali che ad essa fanno ricorso e che la principale obiezione avanzata nei confronti del controllo di costituzionalità è rappresentata dalla cd.

⁶¹ A. Shinar, *Method and Culture in American Constitutional Law: A Critique of Proportionality and Constitutional Culture*, cit., p. 158.

⁶² V. Perju, *Proportionality and Stare Decisis: Proposal for a New Structure*, in V. C. Jackson, M. Tushnet, *Proportionality. New Frontiers. New Challenges*, Cambridge, Cambridge University Press, 2017, pp. 197-218, pp. 203-206.

⁶³ V. J. Jackson., *Constitutional Law in an Age of Proportionality*, cit., p. 3125.

*counter majoritarian difficulty*⁶⁴, negli Stati Uniti si rinvergono due ulteriori motivi che possono contribuire a spiegare la diffidenza nei confronti dell'operato dei giudici costituzionali.

La prima ragione si rinviene sul piano epistemologico: negli Stati Uniti è presente una diffusa diffidenza nei confronti della razionalità umana⁶⁵. Sul piano del diritto, tale atteggiamento si traduce in un tendenziale scetticismo verso la capacità dei giudici di prendere decisioni corrette, oggettive ed in grado di fornire risposte soddisfacenti. La situazione muta, invece, in Europa, ove si verifica una situazione di crescente ottimismo nei confronti dell'uomo, delle sue competenze e, dunque, anche una maggiore fiducia nei riguardi delle capacità dei giudici⁶⁶.

La preoccupazione verso il ruolo esercitato dai giudici ed, in particolare, dalla Corte Suprema è, altresì, la conseguenza di quel fenomeno che la dottrina americana ha soprannominato “*ghosts of Lochner and Dennis*”⁶⁷. *Lochner v. New York*⁶⁸ e *Dennis v. United States*⁶⁹ sono due casi paradigmatici nella storia costituzionale statunitense, entrambi espressione dei pericoli derivanti dal controllo di costituzionalità delle leggi. La prima decisione è un esempio di sfrenato attivismo giudiziale⁷⁰; come è noto la Corte Suprema nel periodo compreso tra la fine del XIX secolo e l'avvento del *New Deal* - attraverso l'ampio ricorso alla tecnica della ragionevolezza, utilizzata per veicolare i valori ideali di stampo liberale - dichiarò l'incostituzionalità di tutte quelle leggi che andavano ad interferire con gli istituti di libertà economica individuale. La seconda decisione, invece, rappresenta il fallimento del tentativo di impiegare la tecnica del bilanciamento in casi riguardanti la libertà di espressione, garantita dal I

⁶⁴ Il tema sarà più ampiamente affrontato nel Par. III.4. del Capitolo V.

⁶⁵ A. Shinar, *Method and Culture in American Constitutional Law: A Critique of Proportionality and Constitutional Culture*, cit., pp. 139-140.

⁶⁶ M. Cohen-Eliya, I. Porat, *Proportionality and Constitutional Culture*, cit., pp. 82-94.

⁶⁷ V. J. Jackson., *Constitutional Law in an Age of Proportionality*, cit., p. 3126.

⁶⁸ *Lochner v. New York*, 198 U.S. 45, (1905).

⁶⁹ *Dennis v. United States*, 341 U.S. 494, (1951).

⁷⁰ S. Choudhry, *The Lochner Era and Comparative Constitutionalism*, in 2 *International Journal of Constitutional Law*, 2004, No.1, 1, p. 3.

emendamento. Ed infatti, *Dennis v. United States* è stata ampiamente criticata dalla dottrina americana, dal momento che, mediante l'utilizzo del bilanciamento, non è stata fornita adeguata protezione alla libertà di espressione.

Tali fattori, unitamente alle obiezioni che generalmente sono mosse nei confronti della *judicial review*⁷¹, hanno, pertanto, contribuito ad ingenerare “timore” nei confronti dei giudici e del controllo di costituzionalità delle leggi; questo timore ha, poi, influenzato le scelte compiute, ad iniziare dalla diffusa resistenza ad adottare lo schema interpretativo della proporzionalità. Infatti, in tale contesto, era più agevole ricorrere ad un modello di tutela dei diritti incentrato sulla netta ripartizione in categorie predefinite, piuttosto che impiegare il più flessibile test di proporzionalità. La logica - che non appare condivisibile⁷² - era quella di adottare un modello rigido e predeterminato, al fine di ridurre gli spazi di manovra e la discrezionalità dei giudici e di incanalarne il ragionamento entro schemi predefiniti.

IV. Categorical approach - two-tier review system

Un'alternativa al modello offerto dal test di proporzionalità è la cd. categorizzazione⁷³; tale espressione significa pensare attraverso la predisposizione di categorie giuridiche rigide ed astratte⁷⁴. A. Barak ha fornito la seguente definizione di categorizzazione: “... *thinking in legal categories is a form of interpretive thinking. It seeks to resolve all legal questions through the use, and within the boundaries, of a predetermined legal category*”⁷⁵. L'interprete, pertanto, è chiamato a compiere un duplice sforzo: ad un primo livello si colloca

⁷¹ Si rinvia, a tal proposito, al Par. III del Capitolo V.

⁷² Si rinvia alle considerazioni svolte *infra* Par. V.1.

⁷³ A. Barak, *Proportionality. Constitutional Rights and Their Limitations*, Cambridge, Cambridge University Press, 2012, pp. 502-527.

⁷⁴ A. L. Bendor, T. Sela, *How Proportional is Proportionality?*, in 13 *International Journal of Constitutional Law*, 2015, No. 2, 530, p. 531.

⁷⁵ A. Barak, *Proportionality. Constitutional Rights and Their Limitations*, cit., p. 504. Per un approfondimento sul tema, si veda: F. Schauer, *Categories and the First Amendment: a Play in Three Acts*, in 34 *Vanderbilt Law Review*, 1981, 265; K. M. Sullivan, *Post-Liberal Judging: the Roles of Categorization and Balancing*, in 62 *University of Colorado Law Review* 1992, 293.

la individuazione delle categorie giuridiche; la fase successiva consiste nella classificazione e nella conseguente attribuzione di valore e di significato a ciascuna categoria precedentemente identificata.

Nel sistema costituzionale statunitense, tali operazioni interpretative sono particolarmente rilevanti, dal momento che a ciascuna categoria corrisponde un diverso livello di scrutinio cui i diritti, in essa rientranti, vengono sottoposti in sede di controllo di costituzionalità delle leggi. Si parla, appunto, di livelli di scrutinio, dal momento che, a seconda dei diritti, si possono avere forme di controllo di costituzionalità delle legge più o meno stringenti.

L'idea, presente nel diritto costituzionale statunitense, è che alcuni diritti presuppongono, per ottenere una tutela piena ed efficace, un livello di protezione maggiore rispetto ad altri⁷⁶. Il riferimento è alla dottrina delle *preferred positions*⁷⁷, secondo la quale esistono determinati diritti e libertà che possiedono un'importanza maggiore rispetto ad altri e, in quanto tali, necessitano di un controllo più severo ed accurato per poter tollerare interferenze e limitazioni. Tale dottrina verrà sviluppata dalla Corte Suprema nel corso degli anni immediatamente successivi al *New Deal*⁷⁸; per poi trovare completa attuazione nel

⁷⁶ Per la prima volta, il giudice Harlan Stone, nella *footnote four* in *United States v. Carolene Products Co.*, 304 U.S. 144, (1938), elabora l'idea che non possa essere utilizzato dalla Corte Suprema un livello di controllo analogo per tutti i diritti e le libertà previste a livello costituzionale. Queste le sue parole: “*There may be narrower scope for operation of the presumption of constitutionality when legislation appears on its face to be within a specific prohibition of the Constitution, such as those of the first ten amendments, which are deemed equally specific when held to be embraced within the Fourteenth. It is unnecessary to consider now whether legislation which restricts those political processes which can ordinarily be expected to bring about repeal of undesirable legislation is to be subjected to more exacting judicial scrutiny under the general prohibitions of the Fourteenth Amendment than are most other types of legislation. Nor need we enquire whether similar considerations enter into the review of statutes directed at particular religious, or national, or racial minorities: whether prejudice against discrete and insular minorities may be a special condition, which tends seriously to curtail the operation of those political processes ordinarily to be relied upon to protect minorities, and which may call for a correspondingly more searching judicial inquiry.*” (pp. 152-153).

⁷⁷ R. H. Jr. Fallon, *Strict Judicial Scrutiny*, in 54 *University of California, Los Angeles Law Review*, 2007, 1267, pp. 1285 - 1290.

⁷⁸ Così, già nel 1937, il giudice Cardozo, in *Palko v. Connecticut*, 302 U.S. 319, (1937), si esprime in questi termini a proposito della libertà di manifestazione del pensiero: “*Of that freedom one may*

momento in cui essa farà il suo ingresso nella giurisprudenza in materia di *equal protection clause*⁷⁹. Viene così delineandosi un gerarchia dei diritti, all'apice della quale sono presenti le libertà riconducibili al I Emendamento ed, in particolare, la libertà di manifestazione del pensiero e di parola, la libertà di religione, di associazione, di muoversi liberamente all'interno dei confini degli Stati Uniti ed il diritto di voto. Non sono, viceversa, presenti ai vertici della scala gerarchica i diritti di natura economica, quali, ad esempio, la proprietà privata e l'autonomia contrattuale.

In sostanza, la Corte Suprema ha individuato più categorie di diritti che differiscono tra loro per importanza. Si è posto, poi, il problema del grado di protezione che doveva essere accordato ai diritti rientranti in ciascuna categoria. A tal proposito, la Corte Suprema ha delineato un sistema che - almeno nella sua

say that it is the matrix, the indispensable condition, of nearly every other form of freedom" (p. 327). Analogamente, pochi anni dopo, nel 1942, il giudice Stone (l'autore della *footnote four* in *United States v. Carolene Products Co.*), scrive l'opinione della Corte nella sentenza *Jones v. City of Opelika*, 316 U.S. 584, (1942), utilizzando le seguenti parole: "*The First Amendment is not confined to safeguarding freedom of speech and freedom of religion against discriminatory attempts to wipe them out. On the contrary the Constitution, by virtue of the First and the Fourteenth Amendments, has put those freedoms in a preferred position.*" (p. 608). La Corte utilizza ed approfondisce la dottrina delle *preferred positions* anche in pronunce successive: ad esempio in *Murdock v. Pennsylvania*, 319 U.S. 105, (1943), e in *Marsh v. Alabama*, 326 U.S. 501, (1946). In *West Virginia State Board of Education v. Barnette*, 319 U.S. 624, (1943), la Corte, attraverso l'opinione del giudice Jackson, insiste sulla necessità che le libertà ed i diritti, previsti dal I Emendamento, siano sottoposti ad un controllo più severo e stringente.

⁷⁹ *Korematsu v. United States*, 323 U.S. 214, (1944). In *Korematsu v. United States*, si discute della legittimità costituzionale di un atto, Civilian Exclusion Order No. 34, che vieta ai cittadini di origine giapponese di rimanere in una specifica area della *West Coast* degli Stati Uniti, durante il periodo di guerra contro il Giappone, nel corso della seconda guerra mondiale. Si tenga presente che il giudice Harlan Stone ha già redatto la *footnote four* in *Carolene Products*; dunque, è già in circolazione tra i giudici della Corte Suprema l'idea di una gerarchia dei valori costituzionali. Il giudice Black, investito del compito di esprimere l'opinione di maggioranza della Corte, fa propria e sviluppa la dottrina delle *preferred positions*, evidenziando che non è possibile ricorrere ad un unico e generale criterio di controllo per valutare la legittimità delle limitazioni imposte alla *equal protection clause* e che la tutela dell'uguaglianza necessita di essere graduata a seconda della materia oggetto del ricorso; nel caso in esame, dal momento che la classificazione si fonda sulla razza ed è, dunque, di natura sospetta, deve essere sottoposta al livello di controllo più rigido. Egli si esprime nei seguenti termini: "*It should be noted, to begin with, that all legal restrictions which curtail the civil rights of a single racial group are immediately suspect. That is not to say that all such restrictions are unconstitutional. It is to say that courts must subject them to the most rigid scrutiny. Pressing public necessity may sometimes justify the existence of such restrictions; racial antagonism never can*" (p. 216).

conformazione originaria - si articolava su due livelli: *rational basis test* e *strict scrutiny*. Il primo riservato ai diritti di minore rilevanza; il secondo per quelli più meritevoli di tutela.

Un esempio può essere utile per meglio comprendere il percorso argomentativo svolto dai giudici della Corte Suprema. Il I Emendamento, a proposito della libertà di manifestazione del pensiero, recita: “*Congress shall make no law ... abridging the freedom of speech or the press*”. In tal modo, individua un’autonoma categoria giuridica nella libertà di parola (*freedom of speech*). La Corte Suprema, nel corso degli anni, ha riempito di contenuti tale categoria generale, individuando, da un lato, quelle manifestazioni della libertà di parola, la cui limitazione deve necessariamente superare il controllo di costituzionalità più rigido, *strict scrutiny (protected speech)*; dall’altro lato, invece, quelle forme che esulano dal campo di applicazione dello *strict scrutiny (unprotected speech)*⁸⁰. Rientrano, ad esempio, nella prima categoria la libertà di esprimere le proprie opinioni in ambito politico o le proprie credenze religiose; viceversa, fanno parte del secondo gruppo, i discorsi che incitano all’uso della violenza (*hate speech*)⁸¹, quelli di tipo osceno (*obscenity*)⁸² e quelli connessi alla pornografia minorile (*child pornography*)⁸³.

⁸⁰ Per un approfondimento sulla distinzione *protected speech v. unprotected speech*, si veda E. Chemerinsky, *Constitutional Law. Principles and Policies*, cit., pp. 1136-1184. Si veda, altresì: R. H. Fallon, *The Dynamic Constitution. An Introduction to American Constitutional Law and Practice*, 2nd ed., Cambridge, Cambridge University Press, 2013, pp. 41-76; D. A. Farber, *The Categorical Approach to Protecting Speech in American Constitutional Law*, in 64 *Indiana Law Journal*, 2009, No. 84, 917, pp. 920-925.

⁸¹ *Chaplinsky v. New Hampshire*, 315 U.S. 568, (1942), pp. 571-572.

⁸² *Miller v. California*, 413 U.S. 15, (1973), p. 23; *Roth v. United States*, 354 U.S. 476, (1957), p. 487.

⁸³ *New York v. Ferber*, 458 U.S. 747, (1982), p. 764.

IV.1. *Rational basis test*

Il primo livello di controllo di costituzionalità delle leggi è rappresentato dal *rational basis test*⁸⁴, spesso individuato, in dottrina, anche con i seguenti appellativi: *deferential review*⁸⁵, *minimal scrutiny*⁸⁶ o *primary control*⁸⁷.

Il *rational basis test* è il test più blando cui può essere sottoposta una legge. Viene tradizionalmente impiegato dalla Corte Suprema in materia economica e sociale e, con riferimento al principio di uguaglianza, al di fuori delle ipotesi di classificazioni sospette (*suspect classifications*)⁸⁸ o quasi sospette⁸⁹. Questo primo livello di controllo si caratterizza - almeno nella sua versione originaria - per un atteggiamento deferente verso il potere politico⁹⁰, dal momento che lascia ampi margini di intervento alla discrezionalità del legislatore, consentendo alla Corte Suprema di intervenire di fronte a casi estremi di manifesta incongruità, inadeguatezza, inidoneità e abnormità della legislazione⁹¹.

In particolare, la Corte Suprema, con il *rational basis test*, si limita a controllare che la legge persegua uno scopo legittimo (*legitimate purpose*) e che il mezzo

⁸⁴ E. Chemerinsky, *Constitutional Law: Principles and Policies*, cit., pp. 706-719.

⁸⁵ A. Cerri, *I modi argomentativi del giudizio di ragionevolezza delle leggi: cenni di diritto comparato*, in *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza della Corte Costituzionale. Riferimenti comparatistici*, Atti del seminario svoltosi a Roma, Palazzo della Consulta, 13 – 14 ottobre 1992, Milano, Giuffrè Editore, pp. 139 – 141.

⁸⁶ A. Barak, *Proportionality. Constitutional Rights and their Limitations*, cit., pp. 511 – 512.

⁸⁷ J. Madison, *The Theory and Practice of Republican Government*, Stanford, Samuel Kernell, 2003.

⁸⁸ Sono classificate come sospette, ad esempio, le distinzioni fondate sulla razza o sull'etnia. A tal proposito, si vedano le seguenti pronunce: *Brown v. Board of Education*, 347 U.S. 483, (1954) e *Graham v. Richardson*, 403 U.S. 365 (1971).

⁸⁹ Sono classificate come quasi sospette le distinzioni fondate sul sesso. A titolo esemplificativo, si veda il caso *Reed v. Reed*, 404 U.S. 71, (1971).

⁹⁰ Si veda il caso *Dallas v. Stanglin*, 490 U.S. 19, (1989), nel quale la Corte si è espressa nel senso che "... *this is the most relaxed and tolerant form of judicial scrutiny*" (p.20).

⁹¹ Ad esempio, nel caso *Mathews v. DeCastro*, 429 U.S. 181, (1976), la Corte Suprema degli Stati Uniti ha chiarito che le leggi saranno considerate costituzionalmente legittime, a meno che "... *the government's action is clearly wrong, a display of arbitrary power, non an exercise of judgement*" (p. 185).

impiegato dal legislatore non sia palesemente incongruo rispetto al fine (*reasonable relationship*).

Per quanto riguarda il primo requisito, *legitimate purpose*, la Corte Suprema, ad esempio, ha espressamente qualificato come legittime le seguenti finalità: la pubblica sicurezza⁹², l'incolumità pubblica⁹³ e la morale pubblica⁹⁴. Esse, tuttavia, non esauriscono il panorama degli scopi che il legislatore può legittimamente perseguire⁹⁵. Infatti, qualsiasi obiettivo, che non sia espressamente vietato dalla Costituzione, potrebbe essere ritenuto idoneo a soddisfare la prima condizione posta dal *rational basis test*.

Il secondo requisito, invece, richiede che il mezzo impiegato non sia palesemente incongruo rispetto al fine; esso attiene, pertanto, all'ambito della causalità sufficiente. Nello specifico, si verifica che esista un nesso - di qualsiasi tipologia - tra un obiettivo costituzionalmente perseguibile e la strumentazione individuata dal legislatore per raggiungerlo. Al tempo stesso, è richiesta una relazione leale rispetto allo scopo perseguito; il requisito della lealtà richiede che il mezzo non sia palesemente pretestuoso ovvero non sia manifestamente più antieconomico di altri.

Come si vede, con il *rational basis test* si ha un controllo di costituzionalità delle leggi particolarmente tollerante nei confronti delle valutazioni compiute in sede legislativa. Gerald Gunther ha impiegato le seguenti parole per esprimere tale peculiarità: “... *in other contexts, the deferential old equal protection reigned, with minimal scrutiny in theory and virtually none in fact*”⁹⁶.

⁹² *Railway Express Agency v. New York*, 336 U.S. 106, (1949).

⁹³ *Williamson v. Lee Optical of Oklahoma, Inc.*, 348 U.S. 483, (1955).

⁹⁴ *McGowan v. Maryland*, 366 U.S. 420, (1961).

⁹⁵ *Berman v. Parker*, 348 U.S. 26, (1954). La Corte Suprema si esprime in questi termini: “*Public safety, public health, morality peace and quiet, law and order, these are some of the more conspicuous examples of the traditional application of the police power to municipal affairs. Yet they merely illustrate the scope of the power and do not delimit it*” (p. 32).

⁹⁶ G. Gunther, *The Supreme Court, 1971 Term - Foreword: In Search of Evolving Doctrine on a Changing Court: A Model for a Newer Equal Protection*, in 86 *Harvard Law Review*, 1972-1973, No. 1, 1, p. 8.

IV.2. *Strict scrutiny*

Lo *strict scrutiny* costituiva, in origine, il secondo livello di sindacato e rappresentava la più penetrante e rigida tipologia di controllo cui potesse essere sottoposta una disposizione legislativa.

L'idea che alcuni diritti e alcune libertà debbano essere sottoposte ad un livello più stringente di controllo, ha iniziato a circolare nelle opinioni dei giudici della Corte Suprema con la fine dell'epoca liberale classica e l'avvento del *New Deal*. Tuttavia, la formula *strict scrutiny* ha iniziato a prendere forma solo verso la fine degli anni '50 del secolo scorso, in diverse aree del diritto costituzionale americano. In particolare, si è sviluppata attraverso la giurisprudenza della Corte Suprema, formatasi sul Primo Emendamento (*free speech*, in primo luogo) ed in materia di *equal protection clause*⁹⁷. Verso la fine degli anni '60 del ventesimo secolo, tale processo è giunto al termine; infatti, il caso *Shapiro v. Thompson*⁹⁸ del 1969 rappresenta la prima decisione nella quale la moderna versione dello *strict scrutiny* fece la sua apparizione in un'opinione di maggioranza della Corte Suprema.

Lo *strict scrutiny* è stato impiegato dalla Corte Suprema con riferimento alle *preferred positions*⁹⁹ ed, in particolare, alla libertà di parola¹⁰⁰, di stampa e di associazione¹⁰¹ ed alla libertà di religione¹⁰². Nell'ambito del principio di

⁹⁷ R. H. Jr. Fallon, *Strict Judicial Scrutiny*, cit., pp. 1273-1285. Si veda, altresì, S. A. Siegel, *The Origin of the Compelling State Interest Test and Strict Scrutiny*, in 48 *American Journal of Legal History*, 2006, 355, pp. 361-381.

⁹⁸ *Shapiro v. Thompson*, 394 U.S. 618, (1969).

⁹⁹ Si veda *supra* Par. IV.

¹⁰⁰ In particolare, la Corte Suprema, dopo aver delineato la distinzione tra disposizioni che limitano la libertà di parola in virtù del contenuto delle espressioni utilizzate (*content-based laws*) e leggi neutrali, che non interferiscono con tale libertà in virtù del contenuto delle formulazioni impiegate, ha affermato che solamente la prima categoria di leggi necessita di essere sottoposta al livello più penetrante di controllo. A tal proposito, si veda *Turner Broadcasting System v. Federal Communications Commission*, 512 U.S. 622, (1994).

¹⁰¹ Si vedano le seguenti pronunce: *NAACP v. Alabama ex rel. Patterson*, 357 U.S. 449, (1958); *Roberts v. United States Jaycees*, 468 U.S. 609, (1984).

uguaglianza, è praticato con riguardo alle norme che introducono classificazioni sospette, quali, ad esempio, quelle fondate sulla razza¹⁰³, sul paese d'origine nonché quelle rivolte nei confronti degli immigrati, in quanto non sono cittadini americani¹⁰⁴. Inoltre, la Corte Suprema ha utilizzato lo *strict scrutiny* nell'ipotesi in cui fossero coinvolti i seguenti diritti fondamentali: il diritto di procreare¹⁰⁵ e di abortire¹⁰⁶, il diritto di viaggiare e di spostarsi all'interno del territorio degli Stati Uniti¹⁰⁷, il diritto di voto¹⁰⁸ ed il diritto di agire in giudizio per la tutela di un proprio diritto¹⁰⁹.

Per superare il controllo di costituzionalità, condotto alla luce dello *strict scrutiny*, è necessario che la misura restrittiva corrisponda ad un interesse pubblico impellente (*compelling public interest*) e che il mezzo predisposto dal legislatore, per perseguire tale finalità, sia l'unico strumento praticabile (*narrowly tailored*)¹¹⁰.

¹⁰² In materia di *free exercise clause*, si prenda in considerazione la decisione *Sherbert v. Verner*, 374 U.S. 398, (1963); quanto affermato nel caso *Sherbert v. Verner* verrà in parte rivisto da parte della Corte Suprema, a partire dalla decisione *Employment Division v. Smith*, 494 U.S. 872, (1990). Per un approfondimento, si rinvia a V. Barsotti, N. Fiorita, *Separatismo e laicità. Testo e materiali per un confronto tra Stati Uniti e Italia in tema di rapporti stato/chiese*, Torino, Giappichelli Editore, 2008, pp. 44-47 e p. 57.

¹⁰³ Si vedano, a tal proposito, le seguenti decisioni: *Bolling v. Sharpe*, 347 U.S. 497, (1954), ove la Corte ha affermato che “*classifications based solely upon race must be scrutinized with particular care, since they are contrary to our traditions ... and thus are constitutionally suspect*” (p. 499); *Korematsu v. United States*, cit., ove il giudice Black, nel rendere l'opinione della Corte, iniziò con le seguenti parole: “*all legal restrictions which curtail the civil rights of a single racial group are immediately suspect and that courts must subject them to the most rigid scrutiny*” (216); *McLaughlin v. Florida*, 379 U.S. 184, (1964).

¹⁰⁴ Si prendano in considerazione le seguenti pronunce: *Graham v. Richardson*, cit; *Sugarman v. Daugall*, 413 U.S. 634, (1973); *Examining Board v. Flores de Otero*, 426 U.S. 572, (1976).

¹⁰⁵ *Skinner v. Oklahoma*, 316 U.S. 535, (1942).

¹⁰⁶ *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113, (1973).

¹⁰⁷ Si vedano le seguenti decisioni: *Edwards v. California*, 314 U.S. 160, (1941); *United States v. Guest*, 383 U.S. 745, (1966); *Saenz v. Roe*, 526 U.S. 489, (1999).

¹⁰⁸ Si vedano le seguenti pronunce: *Harper v. Virginia St. Bd. of Elections*, 383 U.S. 663, (1966); *Bush v. Gore*, 531 U.S. 98, (2000).

¹⁰⁹ Si vedano, ad esempio, le seguenti decisioni: *Griffin v. Douglas*, 351 U.S. 12, (1956); *Douglas v. California*, 372 U.S. 353, (1963); *Bounds v. Smith*, 430 U.S. 817, (1977).

¹¹⁰ Per un approfondimento, con riferimento al requisito del *narrow tailoring*, si veda I. Ayres, F. Syndey, *Don't Tell, Don't Ask: Narrow Tailoring after Grutter and Gratz*, in 85 *Texas Law Review*, 2007, 517.

Il primo requisito (*compelling public interest*) richiede che la finalità perseguita dal legislatore sia di vitale importanza, pressante ed irrinunciabile. Non è semplice, peraltro, fornire una descrizione completa di quali finalità possano qualificarsi come impellenti, dal momento che la Corte Suprema ha adottato un approccio sorprendentemente casuale per identificare tale categoria di interessi, omettendo di delineare un panorama chiaro ed esaustivo¹¹¹. A titolo esemplificativo, la Corte Suprema ha individuato nella difesa nazionale un fine che poteva legittimare il differente trattamento imposto ai cittadini sulla base dell'origine etnica¹¹². Analogamente, sono stati qualificati come impellenti, l'interesse ad impedire atti sovversivi¹¹³, l'interesse a proteggere i bambini da qualsiasi tipo di lesione¹¹⁴ e l'interesse a preservare la vita del feto già autosufficiente e la salute delle donne incinte¹¹⁵.

La seconda condizione posta dallo *strict scrutiny* attiene, invece, al rapporto tra il mezzo prescelto ed il fine che il legislatore intende perseguire. In primo luogo, non è sufficiente la non palese arbitrarietà e la non manifesta pretestuosità del mezzo impiegato. È richiesta, invece, la evidente e sicura adeguatezza, nonché la certezza in merito all'assenza di strumenti alternativi. Infatti, con tale requisito la

¹¹¹ R. H. Jr. Fallon, *Strict Judicial Scrutiny*, cit., p. 1321.

¹¹² *Korematsu v. United States*, cit.: "We cannot – by availing ourselves of the calm perspective of hindsight – now say that at that time these actions were unjustified" (p. 224).

¹¹³ *Barenblatt v. United States*, 360 U.S. 109, (1959): "The first question is whether this investigation was related to a valid legislative purpose, for Congress may not constitutionally require an individual to disclose his political relationships or other private affairs except in relation to such a purpose. (...) In the last analysis this power rests on the right of self preservation, the ultimate value of any society" (pp. 127-128).

¹¹⁴ *Denver Area Educ. Telecomms. Consortium, Inc. v. FCC*, 518 U.S. 727, (1996): "We agree with the Government that protection of children is a compelling interest" (p. 755).

¹¹⁵ *Roe v. Wade*, cit.: "In view of all this, we do not agree that, by adopting one theory of life, Texas may override the rights of the pregnant woman that are at stake. We repeat, however, that the State does have an important and legitimate interest in preserving and protecting the health of the pregnant woman, whether she be a resident of the State or a nonresident who seeks medical consultation and treatment there, and that it has still another important and legitimate interest in protecting the potentiality of human life. These interests are separate and distinct. Each grows in substantiality as the woman approaches term and, at a point during pregnancy, each becomes "compelling." With respect to the State's important and legitimate interest in the health of the mother, the "compelling" point, in the light of present medical knowledge, is at approximately the end of the first trimester" (pp. 162-163).

Corte verifica che la strumentazione prescelta dal legislatore sia necessaria e, dunque, che quest'ultimo abbia fatto ricorso al *least restrictive means*¹¹⁶. In particolare, non devono esistere soluzioni alternative rispetto a quella fatta propria dal legislatore, che comportino limitazioni inferiori ai diritti ed alle libertà in gioco. Ove, viceversa, sia possibile rintracciare soluzioni meno invasive, allora dovrà essere svolto un più accurato esame, dal momento che non è possibile concludere che, *prima facie*, si sia in presenza del *least restrictive means*.

Nell'analisi sul *least restrictive means* la Corte Suprema ha, tuttavia, tenuto un atteggiamento alquanto incerto. Talvolta, infatti, ha verificato che le eventuali misure, meno lesive dei diritti in gioco, fossero, al tempo stesso, ugualmente efficaci, nel senso di consentire il perseguimento dell'obbiettivo in misura analoga ai mezzi prescelti dal legislatore¹¹⁷. Altre volte, invece, si è limitata a verificare la presenza di soluzioni meno invasive, senza porsi alcun interrogativo in merito al grado di soddisfazione delle finalità legislative¹¹⁸.

La disposizione restrittiva, inoltre, non deve essere sovradimensionata (*overinclusiveness*) o sottodimensionata (*underinclusiveness*)¹¹⁹, rispetto alle esigenze che la giustificano. Del pari, essa non deve essere formulata in termini vaghi e generici (c.d. *vagueness test*).

¹¹⁶ Per un approfondimento sul tema, si veda A. O. Sykes, *The Least Restrictive Means*, in 70 *University of Chicago Law Review*, 2003, 403, pp. 403 - 419.

¹¹⁷ Si veda, a tal proposito, l'opinione dissenziente del giudice Breyer in *District of Columbia v. Heller*, 554 U.S. 570, (2008): "*Although there may be less restrictive, less effective substitutes for an outright ban, there is no less restrictive equivalent of an outright ban*" (p. 712). Si veda, altresì, *Reno v. Am. Civil Liberties Union*, 521 U.S. 844, (1977): "*... a less restrictive alternative must be at least as effective in achieving the legitimate purpose that the statute was enacted to serve*" (p. 874),

¹¹⁸ Al riguardo, si veda *United States v. Playboy Entm't Grp., Inc.*, 529 U.S. 803, (2000): "*If a less restrictive alternative would serve the Government's purpose, the legislature must use that alternative*" (p. 813).

¹¹⁹ Si parla di norma sovradimensionata, quando solamente una parte dei mezzi, che impongono una limitazione a diritti costituzionalmente rilevanti, è richiesta per perseguire lo scopo prescelto dal legislatore. Viceversa, si ha una previsione sottodimensionata nel caso contrario, in cui i mezzi sono insufficienti al raggiungimento dello scopo. Per un approfondimento, si veda R. H. Fallon, *Strict Judicial Scrutiny*, cit., pp. 1328-1329.

In definitiva, con lo *strict scrutiny* scompare la presunzione favorevole da cui, viceversa, erano assistite le valutazioni legislative sottoposte al livello più tenue di controllo e, nella stragrande maggioranza dei casi, le disposizioni legislative non sono riuscite a superare il sindacato di costituzionalità. È proprio con riferimento a tale peculiarità che Gerald Gunther ha definito lo *strict scrutiny* “*strict in theory, but fatal in fact*”¹²⁰.

V. Le patologie del modello *two-tier*

Il sistema *two-tier*, tratteggiato in precedenza, non ha mantenuto nel corso degli anni i propri connotati originari ed è andato incontro a sostanziali mutamenti¹²¹.

Ben presto, infatti, con l’affermarsi del *rational basis review* e dello *strict scrutiny*, il sistema iniziò a mostrare la sua intrinseca debolezza¹²². Profili problematici emersero, sia con riferimento ad ognuno dei due livelli di controllo presi singolarmente, sia con riferimento al modello complessivamente considerato. Tali problematiche possono riassumersi attraverso i seguenti concetti: incertezza, arbitrarietà, abdicazione ed instabilità.

V.1. Incertezza ed arbitrarietà

Incetezza ed arbitrarietà sono due aspetti patologici propri del livello più rigido di controllo e sono la conseguenza sia della formula estremamente vaga e generica utilizzata per identificare lo *strict scrutiny*, sia dell’atteggiamento tenuto dalla Corte Suprema americana quando è stata chiamata a dare applicazione a tale livello di controllo. Si pensi, a tal proposito, ad un duplice ordine di peculiarità.

¹²⁰ G. Gunther, *The Supreme Court, 1971 Term - Foreword: In Search of Evolving Doctrine on a Changing Court: A Model for a Newer Equal Protection*, cit., p. 8.

¹²¹ R. H. Fallon, *Strict Judicial Scrutiny*, cit., p. 1298.

¹²² K. Möller, *U.S. Constitutional Law, Proportionality, and the Global Model*, in V. C. Jackson, M. Tushnet, *Proportionality: New Frontiers, New Challenges*, Cambridge, Cambridge University Press, 2017, p. 130.

In primo luogo, l'applicazione dello *strict scrutiny* presuppone la previa identificazione di alcuni diritti, che, in quanto tali, richiedono un livello di tutela più elevato. Essi prendono il nome di “*triggering rights*”¹²³. Tuttavia, la formula impiegata per identificare lo *strict scrutiny*, “*narrow tailored to a compelling state interest*”, non fornisce alcuna indicazione in merito ai criteri che devono essere seguiti per il riconoscimento di tali diritti. A tal proposito, si riprenda l'esempio in materia di *free speech*, per l'individuazione delle manifestazioni della libertà di parola che godono della protezione garantita dal livello più severo di controllo e di quelle che, invece, ne restano escluse¹²⁴. Nel tracciare questa distinzione, la formula impiegata dallo *strict scrutiny* non fornisce alcun criterio, in grado di orientare l'attività della Corte Suprema. Al contrario, la creazione di tali categorie risulta essere un'attività interpretativa libera, tendenzialmente slegata da schemi argomentativi, che possano in qualche misura orientare l'operato dei giudici e, conseguentemente, far prevedere il risultato ed influenzare i casi futuri.

Considerazioni sostanzialmente analoghe possono essere svolte con riferimento all'espressione “*compelling interests*”. In primo luogo, la formula utilizzata non dice niente in merito a quali caratteristiche debba possedere un interesse pubblico per potersi definire impellente; né indicazioni persuasive possono ricavarsi dal significato della parola “*compelling*”. Dal canto suo, la Corte Suprema non ha cercato di rimediare a tale carenza; da un lato, infatti, non è possibile ricostruire, attraverso l'esame delle decisioni giurisprudenziali, i connotati che un interesse debba avere per potersi qualificare come impellente; dall'altro lato, la Corte Suprema non ha nemmeno individuato, una volta per tutte ed in maniera esaustiva, quegli interessi pubblici che possano giustificare una limitazione dei c.d. *triggering rights*. Il metodo seguito risulta, pertanto, alquanto incerto e privo di coordinate logiche¹²⁵. Talvolta, infatti, la Corte Suprema ha affermato che l'interesse pubblico impellente deve derivare direttamente dalla Costituzione

¹²³ R. H. Fallon, *Strict Judicial Scrutiny*, cit., p. 1316-1317.

¹²⁴ Si rinvia *supra* Par. IV.

¹²⁵ Si veda *supra* Par. IV.2. Per un approfondimento sul tema, S. E. Gottlieb, *Compelling Governmental Interests: An Essential but Unanalyzed Term in Constitutional Adjudication*, in 68 *Boston University Law Review*, 1988, 917, pp. 932-937.

stessa¹²⁶: si pensi all'interesse finalizzato ad eliminare le discriminazioni fondate sulla razza, che trova la propria giustificazione nella previsione del Quattordicesimo Emendamento in materia di uguaglianza. Altre volte, invece, la Corte è giunta a qualificare impellenti alcuni interessi senza, peraltro, rintracciare alcun fondamento di tipo costituzionale: ad esempio, l'interesse a preservare la vita del feto già autosufficiente e la salute delle donne incinte, ovvero l'interesse a proteggere i più piccoli da qualsiasi tipo di minaccia.

Le riflessioni svolte evidenziano l'estrema incertezza che ha avvolto l'operato della Corte Suprema nel momento in cui ha dovuto dare applicazione allo *strict scrutiny*; incertezza che si riscontra nell'individuazione sia dei diritti che, in virtù della loro particolare importanza, necessitano di un controllo più penetrante, sia delle ragioni che, in quanto impellenti, possono comunque giustificare una limitazione. Tale incertezza espone la Corte Suprema ad ulteriori critiche. In primo luogo, essa sembra incidere in senso negativo sulla prevedibilità delle decisioni. In secondo luogo, le decisioni della Corte Suprema potrebbero sembrare il frutto dell'arbitrio e delle mere preferenze dei giudici, dal momento che non sembrano facilmente riscontrabili standard e modelli interpretativi oggettivi, che possano rendere esplicito il percorso argomentativo seguito nel pervenire ad una determinata conclusione. In tale ottica, si capisce anche perché alcuni autori hanno individuato nello *strict scrutiny* la forma più controversa e discussa di controllo di costituzionalità delle leggi¹²⁷.

V.2. Abdication

Il termine *abdication* (in italiano “abdicazione”) indica una criticità che viene in rilievo con riferimento al *rational basis review* nella sua versione originaria¹²⁸. Si richiamano, a tal proposito, due casi decisi dalla Corte Suprema, nei quali è stato

¹²⁶ *Regents of the University of California v. Bakke*, 438 U.S. 265, (1978), pp. 311-313.

¹²⁷ A. Stone Sweet, J. Mathews, *Proportionality Balancing and Global Constitutionalism*, cit., p. 79.

¹²⁸ A. Stone Sweet, J. Mathews, *All Things in Proportion? American Rights Review and the Problem of Balancing*, in 60 *Emory Law Journal*, 2010-2011, 797, pp. 837-844.

applicato il livello di controllo più leggero: *Williamson v. Lee Optical of Oklahoma, Inc.*¹²⁹ e *Ferguson v. Skrupa*¹³⁰.

Nel primo caso, si discute della legittimità di una disposizione legislativa dello Stato di Oklahoma che vietava agli ottici di poter fornire le proprie prestazioni professionali sul mercato, in assenza di una prescrizione medica da parte di un oculista o di un optometrista. La legge aveva, pertanto, un evidente scopo protezionista: aiutare ed incrementare l'attività di oculisti ed optometristi a discapito della figura dell'ottico, la cui attività risultava inevitabilmente compromessa. La Corte Suprema, invece, dichiarò la legge costituzionalmente legittima, dal momento che era finalizzata a tutelare, in maniera più efficace, la salute pubblica; dunque, perseguiva uno scopo legittimo e come tale in grado di soddisfare i requisiti posti dal *rational basis review*. Premesso che i benefici per la salute pubblica non erano stati dimostrati e che l'unico vero intento della disposizione impugnata era quello di favorire l'attività di oculisti ed optometristi, ciò che lascia alquanto perplessi è l'atteggiamento, totalmente deferente verso le scelte compiute in sede legislativa, tenuto dai giudici della Corte Suprema. Ed infatti, nell'opinione della Corte si afferma che “*The Oklahoma law may exact a needless, wasteful requirement in many cases. But it is for the legislature, not the courts, to balance the advantages and disadvantages of the new requirement ... It is enough that there is an evil at hand for correction, and that it might be thought that the particular legislative measure was a rational way to correct it. The day is gone when this Court uses the Due Process Clause of the Fourteenth Amendment to strike down state laws, regulatory of business and industrial conditions, because they may be unwise, improvident, or out of harmony with a particular school of thought. We emphasize again what Chief Justice Waite said in Munn v. Illinois, “For protection against abuses by legislatures the people must resort to the polls, not to the courts”*”¹³¹. In sostanza, con tale decisione, invece di applicare il *rational basis review*, la Corte Suprema sembra rinunciare del tutto a svolgere

¹²⁹ *Williamson v. Lee Optical of Oklahoma, Inc.*, 348 U.S. 483, (1955).

¹³⁰ *Ferguson v. Skrupa*, 372 U.S. 726, (1963).

¹³¹ *Williamson v. Lee Optical of Oklahoma, Inc.*, cit., pp. 497-498.

un sindacato di costituzionalità, indicando la competizione elettorale come lo strumento più adeguato per mettere in discussione l'operato del legislatore.

Una posizione analoga si rinviene nella seconda decisione menzionata: *Ferguson v. Skrupa*. Questo caso riguardava una legge dello Stato del Kansas, che vietava il contratto di *debt adjusting*. Tale contratto consisteva in un accordo, sia implicito che esplicito, concluso con un debitore, che prevedeva la cessione mensile di una somma fissa di denaro ad una terza persona, l'esercente; quest'ultimo si sarebbe dovuto impegnare a ridistribuire la somma ricevuta tra i vari creditori, al fine di gestire il saldo del debito. La Corte era ben consapevole che la legge interferiva irragionevolmente con l'esercizio di una legittima attività economica; ciò nonostante, con una decisione presa all'unanimità, la disposizione statale venne ritenuta costituzionalmente legittima e, dunque, non in contrasto con il Quattordicesimo Emendamento e con la clausola del *due process*. Il giudice Black, nel rendere l'opinione della Corte, precisò che “*under the system of government created by our Constitution, it is up to legislatures, not courts, to decide on the wisdom and utility of legislation*”¹³².

In questi due casi¹³³, ove la Corte Suprema ha formalmente applicato il *rational basis review*, si ha la forte impressione che, in sostanza, la Corte medesima abbia abdicato al proprio compito. Infatti, più che sottoporre le disposizioni legislative, che regolano l'attività economica, ad un livello di controllo leggero, sembra che la Corte non abbia esercitato alcun controllo di costituzionalità delle previsioni censurate. In altre parole, la Corte non ha esaminato se la legislazione in questione soddisfacesse tutti i requisiti richiesti dal *rational basis review* e, dunque, fosse costituzionalmente legittima; al contrario, è stata ritenuta costituzionalmente valida, per presunzione sostanzialmente invincibile. Tali considerazioni trovano un'evidente conferma nell'atteggiamento - evidenziato dalle parole riportate sopra

¹³² *Ferguson v. Skrupa*, cit., p. 729.

¹³³ I due casi analizzati non sono i soli. Si pensi alla sentenza nel caso *FCC v. Beach Communications*, 508 U.S. 307, (1993), ove la Corte Suprema, in materia di *equal protection clause*, ha affermato che “*equal protection is not a license for courts to judge the wisdom, fairness, or logic of legislative choices*” (p. 313).

- estremamente deferente nei confronti delle scelte compiute dal legislatore, quasi a voler testimoniare un deciso *self-restraint* da parte della Corte Suprema in materia economica.

V.3. *Instability*

L'espressione *instability* (in italiano "instabilità") indica un profilo problematico che caratterizza il sistema *two-tier* complessivamente considerato. Infatti, il modello che, in origine, prevedeva la rigida ripartizione tra *strict scrutiny*, da una parte, e *rational basis review*, dall'altra, mostrò ben presto la propria inadeguatezza a trattare complesse questioni di costituzionalità delle leggi. Tale insufficienza comportò una notevole instabilità del sistema¹³⁴, dal momento che la Corte Suprema si trovò costretta ad abbandonare il modello nella sua conformazione originaria e ad apportarvi continue modifiche¹³⁵. Così, i livelli *strict scrutiny* e *rational basis review* persero, talvolta, i connotati loro propri, per dare origine a due ulteriori forme di controllo: *rational basis review with bite* e *loose strict scrutiny*. Inoltre, la Corte Suprema delineò una forma intermedia di controllo di costituzionalità delle leggi, il c.d. *intermediate scrutiny*, che andò ad arricchire e complicare ulteriormente il modello originario.

V.3.1. *Rational basis with bite*

Il *rational basis review* presupponeva, nella versione che si era delineata a partire dall'avvento del *New Deal*, un atteggiamento estremamente deferente nei confronti delle scelte compiute dal legislatore, con il risultato che sostanzialmente nessuna disposizione legislativa veniva dichiarata costituzionalmente illegittima, quando era sottoposta a tale livello di controllo¹³⁶.

¹³⁴ A. Stone Sweet, J. Mathews, *All Things in Proportion? American Rights Review and the Problem of Balancing*, cit., pp. 846-848.

¹³⁵ R. H. Jr. Fallon, *Strict Judicial Scrutiny*, cit., pp. 1297-1298.

¹³⁶ Si rinvia alle considerazioni svolte *supra* Par. IV.1.

Lo scenario, tuttavia, mutò all'inizio degli anni '70. Il caso *United States Department of Agriculture v. Moreno*¹³⁷, deciso nel 1973, rappresentò, infatti, la prima decisione con la quale la Corte Suprema dichiarò l'incostituzionalità di una legge sottoposta al *rational basis review*. In tale occasione, la Corte ritenne costituzionalmente invalida una disposizione, di carattere economico, del *Food Stamp Act*, che non riconosceva alle persone di ideologia hippie il diritto ad ottenere buoni alimentari. In particolare, secondo la Corte, la disposizione in questione non soddisfaceva il requisito del *legitimate purpose*, dal momento che “*a bare congressional desire to harm a politically unpopular group cannot constitute a legitimate government interest*”¹³⁸. Successivamente, la Corte Suprema continuò a sviluppare - senza però fornire una teoria generale di tale formula - una forma più rigorosa di *rational basis review* in ulteriori pronunce¹³⁹, fra le quali si ricordano le seguenti decisioni: *City of Cleburne v. Cleburne Living Center, Inc.*¹⁴⁰, *Romer v. Evans*¹⁴¹ e *Lawrence v. Texas*¹⁴². In questi casi, la Corte Suprema, sebbene abbia fatto formalmente ricorso al livello di controllo più blando, è giunta, comunque, a dichiarare l'incostituzionalità delle disposizioni in questione. Tale forma di controllo di costituzionalità delle leggi, più penetrante rispetto all'originario *rational basis review*, prende il nome di *rational basis review with bite*¹⁴³. In generale, la Corte Suprema ha impiegato la suddetta

¹³⁷ *United States Department of Agriculture v. Moreno*, 413 US 528, (1973).

¹³⁸ *United States Department of Agriculture v. Moreno*, cit., p. 534.

¹³⁹ Si veda S. B. Goldberg, *Equality Without Tiers*, in 77 *Southern California Law Review*, 2004, 481. Secondo l'autore, la Corte Suprema, nel periodo compreso fra il 1973 ed il 2004, ha invalidato circa il dieci per cento della legislazione sottoposta al *rational basis review*.

¹⁴⁰ *City of Cleburne v. Cleburne Living Center, Inc.*, 473 U.S. 432, (1985). In tale circostanza, la Corte Suprema ha dichiarato l'illegittimità costituzionale di un'ordinanza della città di Cleburne, in Texas, che aveva negato il rilascio di uno speciale permesso di costruire ad un'associazione, che si occupava della tutela di persone con disabilità mentale.

¹⁴¹ *Romer v. Evans*, 517 U.S. 620, (1996). Con tale pronuncia, la Corte Suprema ha dichiarato l'illegittimità costituzionale del secondo Emendamento della Costituzione del Colorado, dal momento che la disposizione impugnata privava le persone omosessuali e quelle bisessuali della dovuta protezione contro le ingiustificate discriminazioni.

¹⁴² *Lawrence v. Texas*, cit.

¹⁴³ E. T. Sullivan, R. S. Frase, *Proportionality Principles in American Law: Controlling Excessive Government Actions*, Oxford, Oxford University Press, 2009, pp. 63 - 66. Si veda, altresì, G. L. Pettinga, *Rational Basis With Bite: Intermediate Scrutiny by Any Other Name*, in 62 *Indiana Law Journal*, 1987, 779, pp. 779-803; G. Gunther, *The Supreme Court, 1971 Term - Foreword: In*

tipologia di controllo nelle ipotesi in cui non ha ritenuto legittima la finalità perseguita dalla disposizione impugnata, in quanto quest'ultima aveva l'effetto di promuovere l'ostilità verso un determinato gruppo o, comunque, di arrecare ad esso gravi pregiudizi.

In sostanza, come risulta dalla ricostruzione svolta, sono venuti delineandosi nella giurisprudenza della Corte Suprema - in maniera caotica e casuale¹⁴⁴ - due diverse tipologie di *rational basis review*. Da un lato, la forma tradizionale di *rational basis review*, ovvero un controllo debole, in virtù del quale le disposizioni legislative impuginate godono di una presunzione di costituzionalità quasi assoluta, senza possibilità di pervenire ad una dichiarazione di incostituzionalità. Dall'altro lato, una forma forte di *rational basis review*, il c.d. *rational basis review with bite*, secondo cui l'atteggiamento deferente, tipico del livello di verifica più blando, non può tradursi nell'assenza di controllo di costituzionalità¹⁴⁵ e, dunque, contempla la possibilità di pervenire ad una decisione di incostituzionalità della disposizione impugnata.

V.3.2. *Loose strict scrutiny*

Il modello *two-tier* individuava nello *strict scrutiny* un controllo particolarmente severo, al punto da far dire che nessuna disposizione legislativa sarebbe sopravvissuta a tale verifica¹⁴⁶. Peraltro, l'esame della giurisprudenza della Corte Suprema evidenzia che, al fianco della versione tradizionale di *strict scrutiny*,

Search of Evolving Doctrine on a Changing Court: A Model for a Newer Equal Protection, cit., pp. 18-19.

¹⁴⁴ A tal proposito, S. B. Goldberg, *Equality Without Tiers*, cit., ove l'autore afferma che “*the Court's rational basis jurisprudence wavers between its typical deference to government decision-making and the occasional insistence on meaningful review, without a unifying theory for meshing the two seemingly distinct approaches*” (p. 482).

¹⁴⁵ Si veda l'opinione di maggioranza nel caso *Romer v. Evans*, cit., secondo cui “*even in the ordinary equal protection case calling for the most deferential of standards, we insist on knowing the relation between the classification adopted and the object to be attained*” (p. 632).

¹⁴⁶ Si veda *supra* Par. IV.2.

venne delineandosene una più leggera, meno penetrante, il c.d. *loose strict scrutiny*¹⁴⁷.

L'idea che l'impiego dello *strict scrutiny* non conduca sempre ad una dichiarazione di incostituzionalità venne formulata, per la prima volta, dal giudice O'Connor, nell'opinione di maggioranza della Corte Suprema nel caso *Adarand Constructors v. Peña*¹⁴⁸. In primo luogo, il giudice affermò la volontà di eliminare “*the notion that strict scrutiny is ‘strict in theory, but fatal in fact’*”¹⁴⁹; dunque, precisò che la circostanza, che in un determinato caso concreto trovi applicazione lo *strict scrutiny*, “*says nothing about the ultimate validity of any particular law; that determination is the job of the Court applying that standard*”¹⁵⁰. Tali affermazioni trovarono, in un momento successivo, concreta applicazione nel caso *Grutter v. Bollinger*¹⁵¹, ove la Corte Suprema ritenne costituzionalmente legittimo il programma di ammissione degli studenti alla Law School dell'Università del Michigan, che comportava azioni positive e, di conseguenza, discriminazioni costruttive basate sulla razza, per agevolare l'iscrizione degli studenti medesimi. Il giudice O'Connor, nel rendere l'opinione di maggioranza, dapprima precisò che “*strict scrutiny is not strict in theory, but fatal in fact*”¹⁵²; poi affermò che non è possibile arrivare alla dichiarazione di incostituzionalità di una disposizione legislativa per il solo fatto che essa istituisce una classificazione fondata sulla razza e che, pertanto, necessita di essere valutata tramite il sindacato più severo. Al contrario, l'obbiettivo dello *strict scrutiny*, secondo il giudice O'Connor, è quello di fornire uno strumento efficace per verificare che l'interesse, perseguito dalla norma impugnata, sia concreto, non fittizio e sufficientemente impellente da giustificare un'interferenza con il principio di uguaglianza. In altre parole, nelle ipotesi in cui viene in rilievo una classificazione incentrata sulla razza, occorre

¹⁴⁷ R. Randall Kelso, *United States Standards of Review Versus the International Standard of Proportionality: Convergence and Symmetry*, in 39 *Ohio Northern University Law Review*, 2013, 455, pp. 475-476.

¹⁴⁸ *Adarand Constructors v. Peña*, 515 U.S. 200, (1995).

¹⁴⁹ *Adarand Constructors v. Peña*, cit., p. 237.

¹⁵⁰ *Adarand Constructors v. Peña*, cit., p. 230.

¹⁵¹ *Grutter v. Bollinger*, 539 U.S. 306, (2003).

¹⁵² *Grutter v. Bollinger*, cit., p. 326.

prendere in considerazione la realtà concreta, per verificare il contesto all'interno del quale l'elemento discriminatorio è stato impiegato¹⁵³. In virtù delle considerazioni che precedono, la Corte Suprema valutò l'interesse all'immatricolazione degli studenti, di origine diversa, sufficientemente pressante e, dunque, tale da legittimare il programma di ammissione, predisposto dall'Università del Michigan. Un medesimo approccio allo *strict scrutiny* venne, in seguito, ripreso dal giudice O'Connor nell'opinione di maggioranza rilasciata nel caso *Johnson v. California*¹⁵⁴.

In sostanza, si viene ad affermare una forma di *strict scrutiny*, il c.d. *loose strict scrutiny*, che perde alcuni dei connotati che l'avevano caratterizzato in origine; si tratta di un livello di controllo più leggero, più attento al dato fattuale ed alle giustificazioni che sorreggono una determinata scelta legislativa. L'esito di un siffatto controllo non sarà necessariamente la dichiarazione di incostituzionalità del provvedimento impugnato; ed infatti, si calcola che una percentuale, intorno al trenta per cento delle disposizioni legislative sottoposte allo *strict scrutiny*, riesce a superare indenne il controllo di costituzionalità delle leggi¹⁵⁵. Tale percentuale varia a seconda della materia in cui trova applicazione lo *strict scrutiny*; in particolare, essa sfiora il sessanta per cento in materia di libertà religiosa, mentre si attesta intorno al venti per cento in casi inerenti la libertà di parola¹⁵⁶. Peraltro, anche con riferimento a tale ultima ipotesi, non è, comunque, possibile affermare che lo *strict scrutiny* è, in ogni caso, *strict in theory and fatal in fact*.

¹⁵³ Il giudice O'Connor, nel caso *Grutter v. Bollinger*, cit., impiega le seguenti parole, divenute celebri in dottrina: "*the fundamental purpose of strict scrutiny is to take relevant differences into account. ... when applying strict scrutiny, context matters*" (p. 327).

¹⁵⁴ *Johnson v. California*, 543 U.S. 499, (2005). In tale circostanza, il giudice O'Connor affermò che "*the fact that strict scrutiny applies says nothing about the ultimate validity of any particular law; that determination is the job of the Court applying strict scrutiny*" (p. 515).

¹⁵⁵ A. Winkler, *Fatal in Theory and Strict in Fact: an Empirical Analysis of Strict Scrutiny in the Federal Courts*, in 59 *Vanderbilt Law Review*, 2006, 793, pp. 812-813.

¹⁵⁶ Per un approfondimento sul tema, si veda A. Winkler, *Fatal in Theory and Strict in Fact: an Empirical Analysis of Strict Scrutiny in the Federal Courts*, cit., pp. 814-816.

V.3.3. *Intermediate scrutiny*

Il *rational basis with bite* e il *loose strict scrutiny* costituiscono due deviazioni rispetto al modello originario che, in sostanza, si caratterizzano per un affievolimento delle posizioni estremamente rigide che si erano delineate con riferimento al *rational basis test* e allo *strict scrutiny*. Infatti, con queste due nuove tipologie di controllo di costituzionalità delle leggi, l'esito non è stato più scontato, dal momento che la norma censurata non è stata ritenuta sempre costituzionalmente valida, nel caso del *rational basis with bite* o, viceversa, sempre costituzionalmente illegittima, nel caso del *loose strict scrutiny*. Tuttavia, per quanto riguarda lo schema argomentativo ed i requisiti che una disposizione deve possedere per superare la verifica di costituzionalità, i due nuovi livelli di controllo non si discostano dalle categorie originarie del *rational basis test* e dello *strict scrutiny*. Muta, in sostanza, l'atteggiamento dei giudici, che risulta meno ancorato a posizioni estreme¹⁵⁷.

Il panorama si complica ulteriormente nel momento in cui la Corte Suprema individua un nuovo livello di controllo, che - a differenza degli altri tratteggiati ai paragrafi precedenti - presenta proprie caratteristiche e che prevede lo svolgimento di verifiche diverse rispetto a quelle richieste dal *rational basis test* e dallo *strict scrutiny*. Il riferimento è alla forma intermedia di controllo, il c.d. *intermediate scrutiny*.

L'*intermediate scrutiny* venne teorizzato ed impiegato per la prima volta nel caso *Craig v. Boren*¹⁵⁸, deciso nel 1976. Esso riguardava la legittimità costituzionale di una legge dell'Oklahoma, che prevedeva maggiori restrizioni a carico della donna per il consumo di bevande alcoliche, al fine di prevenire incidenti automobilistici. La Corte Suprema, dopo aver valutato attentamente i dati statistici sugli incidenti in auto, concluse che il mezzo prescelto non appariva *closely enough related*

¹⁵⁷ C. R. Sunstein, *The Supreme Court, 1995 Term-Foreword: Leaving Things Undecided*, in 110 *Harvard Law Review*, 1996, 6. Secondo l'autore "the hard edges of tiered review have softened and there has been at least a modest convergence away from tiers" (p. 77).

¹⁵⁸ *Craig v. Boren*, 429 U.S. 190, (1976).

rispetto al fine e che, di conseguenza, la disposizione legislativa non poteva superare il vaglio di costituzionalità. Il giudice Brennan, nel rilasciare l'opinione di maggioranza della Corte, formulò un nuovo standard di giudizio volto a valutare la legittimità costituzionale delle classificazioni basate sul sesso¹⁵⁹. A tal proposito, impiegò le seguenti parole: “*To withstand constitutional challenge, previous cases establish that classifications by gender must serve important governmental objectives and must be substantially related to achievement of those objectives*”¹⁶⁰.

Una legge deve, pertanto, possedere due requisiti per superare il livello intermedio di controllo. In primo luogo, deve perseguire un importante interesse pubblico; si tratta di una condizione più stringente di quella prevista per la prima tipologia di controllo (legittimo) e, al tempo stesso, meno rigorosa rispetto a quella richiesta dallo *strict scrutiny* (impellente). In secondo luogo, la strumentazione prescelta dal legislatore deve essere *substantially related* rispetto al fine perseguito. A tal proposito, non è sufficiente la non manifesta inadeguatezza o la non palese pretestuosità del mezzo impiegato (*rational basis test*); occorre, viceversa, la forte probabilità, sia dal punto di vista della causalità sufficiente, sia da quello della causalità necessaria, sebbene non sia richiesta l'eliminazione di ogni ragionevole dubbio in un senso e nell'altro (*strict scrutiny*).

Per quanto riguarda l'ambito di applicazione, il livello intermedio di controllo è stato impiegato dalla Corte Suprema con riferimento alle classificazioni quasi sospette, ovvero principalmente quelle fondate sul sesso¹⁶¹. Forme intermedie di controllo sono state utilizzate anche per valutare le discriminazioni nei confronti

¹⁵⁹ Per un approfondimento sul tema, E. Chemerinsky, *Constitutional Law. Principles and Policies*, cit., pp. 783-800. Cfr. anche: G. Bognetti, *Il principio di ragionevolezza e la giurisprudenza della Corte Suprema degli Stati Uniti*, in *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza della Corte Costituzionale. Riferimenti comparatistici*, Atti del seminario svoltosi a Roma, Palazzo della Consulta, 13 – 14 ottobre 1992, Milano, Giuffrè Editore, pp. 48-49.

¹⁶⁰ *Craig v. Boren*, cit., p. 197.

¹⁶¹ A titolo esemplificativo, *United States v. Virginia*, 518 U.S. 515, (1996).

dei figli nati fuori dal vincolo matrimoniale¹⁶², per regolare le espressioni con finalità commerciali (*commercial speech*)¹⁶³ ed i discorsi tenuti in luoghi pubblici (*speech in public forums*)¹⁶⁴, nonché in casi riguardanti la competizione elettorale¹⁶⁵.

L'introduzione del livello intermedio di controllo, oltre a generare un notevole grado di instabilità nella giurisprudenza della Corte Suprema - con inevitabili conseguenze anche per quanto concerne la prevedibilità delle decisioni - comporta altre due conseguenze. Innanzitutto, dimostra l'incompletezza e l'inadeguatezza del modello *two-tier* nella sua versione originaria; la Corte Suprema, infatti, è stata costretta a delineare una nuova formula per trattare complesse questioni di costituzionalità, che non potevano rientrare nel campo di applicazione dei livelli di controllo esistenti. In secondo luogo, l'introduzione dell'*intermediate scrutiny* diminuisce il significato delle formule *rational basis review* e *strict scrutiny* e mette in seria discussione l'esistenza del modello *two-tier*. Quest'ultimo, infatti, era incentrato sulla netta ripartizione *strict scrutiny/rational basis review*; o si applica uno, o si applica l'altro; non erano ammesse terze soluzioni¹⁶⁶. Nel momento in cui la Corte Suprema individua una formula intermedia, viene senz'altro meno la logica posta alla base del sistema *two-tier* e, di conseguenza, forse, l'opportunità di continuare a fare affidamento sul modello medesimo.

* * *

La ricostruzione dei profili critici del modello *two-tier* consente di svolgere alcune considerazioni conclusive. In primo luogo, il sistema *two-tier* ha perso i connotati che possedeva in origine. Esso, infatti, si è arricchito di nuovi livelli di controllo

¹⁶² Si vedano, ad esempio, i casi *Lehr v. Robertson*, 463 U.S. 248, (1983) e *Clark v. Jeter*, 486 U.S. 456, (1988).

¹⁶³ Al riguardo, si richiama la decisione nel caso *Central Hudson Gas & Electric Corporation v. Public Service Commission*, 447 U.S. 557, (1980).

¹⁶⁴ Si veda, ad esempio, il caso *Ward v. Rock Against Racism*, 491 U.S. 781, (1989).

¹⁶⁵ Si richiamano, a tal proposito, le seguenti decisioni: *McConnell v. FEC*, 540 U.S. 93, (2003); *Buckley v. American Constitutional Law Foundation, Inc.*, 525 U.S. 182, (1999).

¹⁶⁶ R. H. Jr. Fallon, *Strict Judicial Scrutiny*, cit., p. 1300.

che, in una certa misura, possono aver contribuito a creare confusione ed instabilità e a complicare l'attività dei giudici chiamati a dover giudicare della legittimità costituzionale di una legge.

Si è assistito, infatti, alla eccessiva proliferazione di categorie e di nuovi livelli di controllo, con il risultato che il modello *two-tier*, nella conformazione attuale, è un “*tangle of different tests*”¹⁶⁷, vale a dire un insieme, disordinato e disomogeneo, di differenti livelli di giudizio. Numerose posizioni critiche nei confronti del sistema *two-tier* sono emerse in dottrina: vi è chi ha definito siffatto modello “*decayed and crumbling*”¹⁶⁸; vi è chi ha sottolineato che la continua attività di aggiustamento del modello originario ha portato alla sua inesorabile decadenza¹⁶⁹; vi è, infine, chi sostiene che, al giorno d'oggi, il modello *two-tier*, piuttosto che fondarsi sulla rigorosa ripartizione in categorie predefinite, sia in un costante “*state of flux*”¹⁷⁰. Si possono condividere più o meno tali affermazioni; ciò che risulta, invece, abbastanza indiscutibile è che, nell'ordinamento costituzionale statunitense, il sistema *two-tier* non costituisce più un modello unanimemente riconosciuto ed accettato. Occorre, pertanto, procedere ad un suo sostanziale ripensamento o, più ragionevolmente, ad individuare una valida alternativa.

VI. È corretto continuare a parlare di *American exceptionalism*, anche con riferimento alla proporzionalità?

L'analisi sin qui svolta induce a porsi alcuni interrogativi: sono ancora valide le ragioni che, tradizionalmente, hanno condotto al sostanziale rifiuto della proporzionalità negli Stati Uniti? È ancora corretto individuare nel sistema *two-tier* l'unico modello di tutela dei diritti fondamentali, nell'ambito del controllo di

¹⁶⁷ A. Stone Sweet, J. Mathews, *All Things in Proportion? American Rights Review and the Problem of Balancing*, cit., p. 798.

¹⁶⁸ R. H. Jr. Fallon, *Strict Judicial Scrutiny*, cit., p. 1301.

¹⁶⁹ J. M. Shaman, *Constitutional Interpretation: Illusion and Reality*, Westport, Connecticut, Greenwood Publishing Group, 2001, p. 74.

¹⁷⁰ S. Gardbaum, *The Myth and the Reality of American Constitutional Exceptionalism*, cit., 419.

costituzionalità delle leggi? Ed infine, si può ancora ricomprendere fra i vari significati da attribuire all'espressione *American exceptionalism* il mancato impiego del principio di proporzionalità (e del relativo test) da parte della Corte Suprema degli Stati Uniti?

Nel tentativo di fornire una risposta a tali domande, è necessario scomporre la trattazione lungo alcune direttrici. In primo luogo, si cercherà di mettere in risalto le similitudini, dal punto di vista analitico, che intercorrono tra le fasi del test di proporzionalità ed alcuni dei requisiti previsti dal *rational basis test* e dallo *strict scrutiny*. In secondo luogo, l'attenzione si soffermerà sul principio di proporzionalità in quanto tale, per verificarne la presenza nelle sentenze della Corte Suprema statunitense. In terzo luogo, sarà preso in considerazione il test di proporzionalità, con lo scopo di esaminare se un siffatto modello argomentativo sia mai stato formulato ed impiegato dai giudici della Corte Suprema, con particolare attenzione non solo alle opinioni di maggioranza, ma anche a quelle dissenzienti e concorrenti.

VI.1. Similitudini analitiche tra il test di proporzionalità ed il sistema *two-tier*

Il sistema *two-tier* ed il test di proporzionalità presentano, da un punto di vista analitico, alcuni elementi comuni¹⁷¹.

In primo luogo, rilevanti similitudini si rinvengono per quanto riguarda la valutazione del rapporto tra i mezzi scelti dal legislatore e la finalità che si intende perseguire. In particolare, alcuni passaggi del test di proporzionalità trovano corrispondenza nei requisiti, previsti da ciascuna tipologia di controllo, impiegata dalla Corte Suprema.

Innanzitutto, si prenda in considerazione il *rational basis test* nella parte in cui prevede che il mezzo prescelto dal legislatore non sia palesemente incongruo

¹⁷¹ A. Stone Sweet, J. Mathews, *All Things in Proportion? American Rights Review and the Problem of Balancing*, cit., p. 800.

rispetto al fine perseguito. Tale condizione presenta forti analogie con la seconda fase del test di proporzionalità, la c.d. verifica di idoneità¹⁷². Quest'ultima, infatti, consiste in una prima valutazione mezzi-fini, mediante la quale si vuole verificare che sussista una connessione razionale tra la strumentazione predisposta dal legislatore e la finalità che intende perseguire. Si tratta, in altre parole, di un controllo in negativo, vale a dire una verifica sul fatto che la misura non sia palesemente inidonea a perseguire il fine enunciato. A ben vedere, le differenze tra il requisito del *reasonable relationship*, previsto dal *rational basis review* ed il controllo di idoneità, richiesto dal test di proporzionalità, si rinvengono soltanto sul piano nominale, mentre, nella sostanza, essi comportano lo svolgimento di una medesima verifica del rapporto mezzi-fini.

Successivamente, si prenda in considerazione lo *strict scrutiny* ed, in particolare, il requisito del *narrow tailoring*. Tale passaggio verifica che il legislatore abbia fatto ricorso al c.d. *least restrictive means*, ovvero abbia impiegato quella strumentazione che comporta una limitazione dei diritti fondamentali nella misura più ristretta possibile. Al netto delle differenze che sono state evidenziate in precedenza¹⁷³, si può abbastanza agevolmente concludere che il *least restrictive means* presenta rilevanti similitudini con la terza fase del test di proporzionalità, che prende il nome di necessità¹⁷⁴. Tale passaggio del test di proporzionalità è, infatti, finalizzato a verificare che il legislatore abbia fatto ricorso allo strumento che consente di raggiungere lo scopo prefissato con il minor sacrificio possibile di altri diritti fondamentali. Anche con riferimento al raffronto tra il requisito del *narrow tailoring*, previsto dallo *strict scrutiny*, e la verifica di necessità, utilizzata

¹⁷² V. J. Jackson., *Constitutional Law in an Age of Proportionality*, cit., pp. 3113-3114; A. Stone Sweet, J. Mathews, *All Things in Proportion? American Rights Review and the Problem of Balancing*, cit., p. 802; M. Cohen-Eliya, I. Porat, *American Balancing and German Proportionality: the Historical Origins*, cit., p. 269.

¹⁷³ Si veda *supra* Par. IV.2.

¹⁷⁴ A. Stone Sweet, J. Mathews, *Proportionality Balancing and Global Constitutionalism*, cit., pp. 78-79; R. H. Jr. Fallon, *Strict Judicial Scrutiny*, cit., p. 1295; A. Stone Sweet, J. Mathews, *All Things in Proportion? American Rights Review and the Problem of Balancing*, cit., p. 803; Note, *Less Drastic Means and the First Amendment*, in 78 *Yale Law Journal*, 1969, 464, p. 468; G. M. Struve, *The Less Restrictive Alternative Principle and Economic Due Process*, in 80 *Harvard Law Review*, 1967, 1463.

dal test di proporzionalità, si possono dunque estendere le riflessioni svolte in precedenza: le differenze si rinvengono più per quanto concerne la formulazione letterale delle due tipologie, che per quanto riguarda la sostanza delle valutazioni effettuate dai giudici.

Un'ulteriore analogia tra il modello *two-tier* ed il test di proporzionalità si rinviene se prendiamo in considerazione il punto di partenza di entrambi i modelli argomentativi. Sia il modello statunitense (complessivamente considerato), sia il test di proporzionalità, esaminano, in prima battuta, la finalità che il legislatore intende perseguire; solamente in un secondo momento, l'analisi si concentra sul rapporto mezzi-fini e sulle giustificazioni che sorreggono la disposizione impugnata. Se, poi, focalizziamo l'attenzione sul *rational basis test*, la similitudine con il test di proporzionalità è ancora più evidente: entrambi i modelli argomentativi richiedono che la finalità perseguita dal legislatore sia legittima, nel senso che non si ponga in contrasto con i principi costituzionali e con i valori di cui si fa portatrice una società democratica.

In sostanza, da un punto di vista analitico, numerose sono le similitudini tra il modello statunitense *two-tier* ed il test di proporzionalità. Dalle considerazioni svolte, sembra che la principale differenza tra i due modelli consista nella quarta fase del test di proporzionalità, la proporzionalità in senso stretto; quest'ultima, infatti, è assente nelle motivazioni dei giudici della Corte Suprema statunitense¹⁷⁵.

A tal proposito, però, si rendono necessarie alcune precisazioni. In primo luogo, la proporzionalità in senso stretto è impiegata in maniera saltuaria anche da parte di alcune Corti costituzionali e supreme che hanno espressamente adottato il test di proporzionalità. Talvolta alcune Corti tendono ad omettere formalmente il quarto passaggio del test di proporzionalità, facendo confluire le valutazioni proprie della

¹⁷⁵ S. Gardbaum, *The Myth and the Reality of American Constitutional Exceptionalism*, cit, pp. 429-430;

proporzionalità in senso stretto nelle altre fasi del test¹⁷⁶. Altre volte, il test di proporzionalità si esaurisce con la verifica di necessità, omettendo, anche nella sostanza, la verifica in merito alla proporzionalità in senso stretto. In virtù di tali considerazioni, in dottrina è stato da alcuni sostenuto che esistono più versioni del test di proporzionalità. Una prima versione, di stampo europeo, articola il test di proporzionalità in quattro fasi, ricomprendendo, così, anche la proporzionalità in senso stretto; una seconda variante di *common law*, invece, non ammette la verifica condotta alla stregua della proporzionalità in senso stretto¹⁷⁷.

Quanto fin qui esposto conduce ad una riflessione conclusiva. Se, da un lato, non si può trascurare la differenza che intercorre, sul piano analitico, tra il modello *two-tier* ed il test di proporzionalità¹⁷⁸ per quanto concerne il diverso ruolo attribuito alla proporzionalità in senso stretto; dall'altro lato, tale differenza non può nemmeno essere enfatizzata, per un duplice ordine di ragioni. Innanzitutto, perché il ruolo della proporzionalità in senso stretto risulta - almeno formalmente e in maniera assolutamente non condivisibile - abbastanza circoscritto nelle motivazioni di quelle Corti costituzionali che hanno adottato la versione *common law* del test di proporzionalità¹⁷⁹. Inoltre, a fronte di una sola differenza, vi sono molteplici aspetti comuni tra il modello statunitense ed il test di proporzionalità, che non possono passare in secondo piano.

¹⁷⁶ A tal proposito, si pensi all'esperienza canadese, ove il controllo di costituzionalità, fino a pochi anni fa, si esauriva, nella stragrande maggioranza dei casi, con la terza fase del test di proporzionalità (la necessità), senza, peraltro, verificare - almeno formalmente - la proporzionalità in senso stretto. A tal proposito, si veda P. W. Hogg, *Section 1 Revisited*, in 1 *National Journal of Constitutional Law*, 1993, 1, p. 23. Per un approfondimento sul tema, si rinvia al Par. VII.2. del Capitolo II.

¹⁷⁷ J. Rivers, *Proportionality and Variable Intensity of Review*, in 65 *Cambridge Law Journal*, 2006, 174, pp. 178-182.

¹⁷⁸ Si tenga presente che questo lavoro accoglie una formulazione del test di proporzionalità, articolato in quattro fasi. Si rimanda, a tal proposito, al Par. VII. del Capitolo I.

¹⁷⁹ Si pensi, a titolo esemplificativo, all'esperienza costituzionale inglese o sudafricana ed a quella canadese, prima dei più recenti sviluppi che sembrano in parte aver modificato il funzionamento complessivo del test di proporzionalità. Al riguardo, si rinvia al Par. VIII. del Capitolo II.

VI.2. La proporzionalità, come principio, nella giurisprudenza della Corte Suprema

Nel primo capitolo sono stati tenuti distinti i concetti di principio di proporzionalità e di test di proporzionalità. Tale distinzione torna adesso pertinente. È stato osservato che la Corte Suprema degli Stati Uniti ha sviluppato un proprio modello di tutela dei diritti, diverso dal test di proporzionalità; peraltro, l'esame della casistica giurisprudenziale rivela che la proporzionalità, intesa come principio e come criterio di valutazione, è presente in alcune aree del diritto costituzionale americano¹⁸⁰, a partire dal preambolo della Costituzione e dai documenti che ne hanno accompagnato l'adozione.

Tracce del concetto di proporzionalità si rinvencono già nel Preambolo della Costituzione americana, laddove individua, fra gli obiettivi che la Costituzione intende realizzare, quello di stabilire la giustizia. Ebbene, il concetto di giustizia è stato associato, almeno fin dall'epoca di Aristotele, con quello di proporzionalità¹⁸¹. Quest'ultimo, infatti, ha impiegato le seguenti parole, per rimarcare il legame che si instaura tra la nozione di giustizia ed il principio di proporzionalità: *“Il giusto così inteso, dunque, è la proporzionalità, mentre l'ingiusto è ciò che viola la proporzionalità”*¹⁸². Affermazioni analoghe, si rinvencono nell'opera *Il Federalista*¹⁸³, laddove si auspica la creazione di un ordinamento costituzionale, che possa garantire dagli abusi e dall'esercizio del potere in maniera arbitraria e vessatoria.

Fatta questa premessa di carattere generale, è adesso opportuno esaminare in quali settori del diritto costituzionale americano la proporzionalità, nell'accezione di principio, ha fatto la sua apparizione.

¹⁸⁰ V. C. Jackson, *Being Proportional about Proportionality*, in *21 Constitutional Commentary*, 2004, 803, pp. 807-808.

¹⁸¹ Si veda, a tal proposito, A. Barak, *Proportionality. Constitutional Rights and Their Limitations*, cit., pp. 175-178.

¹⁸² Aristotele, *Etica Nicomachea*, Bari, Editori Laterza, 2005, Libro V, 1131b (15).

¹⁸³ A. Hamilton, J. Jay, J. Madison, *Il Federalista*, a cura di G. Sacerdoti Mariani, Torino, Giappichelli Editore, 1997.

In primo luogo, il parametro della proporzionalità viene in rilievo con riferimento all'ottavo Emendamento, nella misura in cui vieta di imporre pene crudeli ed inusitate. A dire il vero, talvolta la Corte Suprema si è mostrata abbastanza scettica nel considerare la proporzionalità con riferimento al trattamento sanzionatorio di tipo penale. Ad esempio, nel caso *Harmelin v. Michigan*¹⁸⁴, deciso nel 1991, la Corte Suprema affermò che “*the Eight Amendment contains no proportionality guarantee*”. L’idea, ricorrente nelle opinioni di alcuni giudici della Corte Suprema¹⁸⁵, era quella secondo cui l’ottavo Emendamento vietava solamente le sanzioni disumane, barbariche o, comunque, manifestamente sproporzionate¹⁸⁶; e che, viceversa, il divieto di pene crudeli ed inusitate non si estendeva a quelle sanzioni eccessive, che imponevano una pena sproporzionata rispetto all’offesa e al grado di colpevolezza del soggetto¹⁸⁷. Tale impostazione risulta oggi superata, sia da parte della maggioranza dei giudici della Corte Suprema, sia da parte della dottrina prevalente. Per quanto riguarda la giurisprudenza, la Corte Suprema ha esplicitamente riconosciuto, in tempi recenti, che il divieto di pene crudeli ed inusitate coinvolge anche le sanzioni eccessive e sproporzionate, riprendendo e sviluppando quanto affermato a partire dal caso *Weems v. United States*¹⁸⁸. A tal proposito, si prendano in considerazione le seguenti decisioni, che hanno contribuito alla sostanziale affermazione del principio di proporzionalità all’interno della garanzia offerta dall’ottavo Emendamento: *Coker v. Georgia*¹⁸⁹, *Atkins v. Virginia*¹⁹⁰, *Roper v. Simmons*¹⁹¹

¹⁸⁴ *Harmelin v. Michigan*, 501 U.S. 957, (1991).

¹⁸⁵ In particolare, il giudice Scalia.

¹⁸⁶ J. F. Stinneford, *Rethinking Proportionality under the Cruel and Unusual Punishments Clause*, in 97 *Virginia Law Review*, 2011, No. 4, 899, pp. 910-914.

¹⁸⁷ Si veda, a titolo esemplificativo, il caso *Ewing v. California*, 538 U.S. 11, (2003), ove si legge che “*The Eighth Amendment does not require strict proportionality between crime and sentence. Rather, it forbids only extreme sentences that are grossly disproportionate to the crime*” (p. 23).

¹⁸⁸ *Weems v. United States*, 217 U.S. 349, (1910). In tale circostanza, la Corte Suprema ha affermato che è un principio basilare di giustizia “*that punishment for crime should be graduated and proportioned to offense*”, (p. 367).

¹⁸⁹ *Coker v. Georgia*, 433 U.S. 584, (1977).

¹⁹⁰ *Atkins v. Virginia*, 536 U.S. 304, (2002).

¹⁹¹ *Roper v. Simmons*, 543 U.S. 551, (2005).

*Kennedy v. Louisiana*¹⁹² e *Graham v. Florida*¹⁹³. In particolare, in *Graham v. Florida*, la Corte Suprema sembra aver posto fine al dibattito, dal momento che ha ammesso, in maniera esplicita, che “*the concept of proportionality is central to the Eighth Amendment*”¹⁹⁴. Anche la dottrina, dal canto suo, si è allineata su questa posizione, riconoscendo espressamente che la proporzionalità, in quanto criterio di valutazione, è un concetto centrale dell’ottavo Emendamento, nella parte in cui pone il divieto di pene crudeli ed inusitate¹⁹⁵.

L’ambito di applicazione del principio di proporzionalità, tuttavia, non è circoscritto soltanto all’ottavo emendamento. La proporzionalità, infatti, viene in rilievo per quanto riguarda il quinto Emendamento, laddove prevede che la proprietà privata non può essere acquisita per un uso pubblico, senza un equo compenso (*taking clause*)¹⁹⁶. In particolare - nell’ambito della giurisprudenza formatasi sul quinto Emendamento, avente ad oggetto le condizioni che possano legittimare un mutamento dell’esistente assetto della proprietà privata - la Corte Suprema ha affermato che è necessario verificare la presenza di un nesso di proporzionalità tra la natura ed i costi che il rilascio di un determinato provvedimento comporta, da un lato, e la natura e gli effetti del cambiamento che viene così ad instaurarsi, dall’altro lato¹⁹⁷.

¹⁹² *Kennedy v. Louisiana*, 554 U.S. 407, (2008). La Corte, in tale occasione, ha dichiarato che la protezione fornita dall’ottavo Emendamento riguarda “*not only those punishments that are barbaric but also those that are excessive in relation to the crime and the committed*”, (p. 419).

¹⁹³ *Graham v. Florida*, 130 S. Ct. 2011, (2010).

¹⁹⁴ *Graham v. Florida*, cit., p. 2021.

¹⁹⁵ Si veda P. L. Moriearty, *Implementing Proportionality*, in 50 *University of California, Davis, Law Review*, 2017, 961, p. 973. Cfr. anche: Y. Lee, *Why proportionality matters*, in 160 *University of Pennsylvania Law Review*, 2012, 1835, pp. 1835-1839; J. F. Stinneford, *Rethinking Proportionality under the Cruel and Unusual Punishments Clause*, cit., pp. 904-917; W. Stuntz, *Criminal Procedure and Criminal Justice*, in 107 *Yale Law Journal*, 1997, 1, pp. 72-73.

¹⁹⁶ V. C. Jackson, *Ambivalent Resistance and Comparative Constitutionalism: Opening up the Conversation on “Proportionality”, Rights and Federalism*, cit. pp. 602-603; V. J. Jackson., *Constitutional Law in an Age of Proportionality*, cit., pp. 3105-3106.

¹⁹⁷ Si veda, al riguardo, il caso *Dolan v. City of Tigard*, 512 U.S. 374, (1994), nel quale la Corte Suprema ha affermato che “*conditions for zoning permits must have rough proportionality to the effects of the proposed use of the property*” (p. 398).

In terzo luogo, la proporzionalità, come principio, riveste un ruolo fondamentale per quanto riguarda i diritti connessi alla tematica dell'aborto. Si pensi, a tal proposito, al criterio dell'*undue burden*, individuato dalla Corte Suprema - a partire dal caso *Planned Parenthood of South-eastern Pennsylvania et al. v. Casey, Governor of Pennsylvania, et al.*¹⁹⁸ - per valutare la legittimità costituzionale di tutte quelle disposizioni che limitano il diritto della donna di abortire. Il criterio dell'*undue burden*, che ha rimpiazzato il controllo esercitato mediante lo *strict scrutiny* nel caso *Roe v. Wade*¹⁹⁹, consiste nel verificare che la finalità della disposizione impugnata non sia quella di imporre un "*substantial obstacle*" alla volontà della donna di abortire²⁰⁰. Nello svolgere tale valutazione, la Corte Suprema ha, in sostanza, controllato che gli effetti, in termini di benefici, della norma censurata siano proporzionati alle limitazioni ed agli inconvenienti imposti alla donna, titolare del diritto di abortire²⁰¹. Dunque, la proporzionalità, intesa come parametro tramite cui valutare la costituzionalità delle disposizioni censurate, svolge un ruolo fondamentale anche nella giurisprudenza in materia di aborto.

Il principio di proporzionalità è presente anche in altre aree del diritto costituzionale americano, che non coinvolgono direttamente la tutela dei diritti fondamentali. Si pensi, ad esempio, a tutti i casi in materia di rapporti tra la Federazione ed i singoli stati membri (c.d. *federalism issues*); ed in particolare, si prenda in considerazione la giurisprudenza formatasi sulla sezione quinta del quattordicesimo Emendamento, la quale attribuisce al Congresso il potere di dare esecuzione, con la legislazione appropriata, alle previsioni contenute

¹⁹⁸ *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania et al. v. Casey, Governor of Pennsylvania, et al.*, 505 U.S. 833, (1992).

¹⁹⁹ *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113, (1973).

²⁰⁰ Per un approfondimento, si veda: R. Randall Kelso, *The Structure of Planned Parenthood v. Casey Abortion Rights Law: Strict Scrutiny for Substantial Obstacles on Abortion Choice and Otherwise Reasonableness Balancing*, in 34 *Quinnipiac Law Review*, 2015, 75, pp. 80-97; C. E. Harris, *An Undue Burden: Balancing in an Age of Relativism*, in 18 *Oklahoma City University Law Review*, 1993, 363, pp. 416-419.

²⁰¹ E. T. Sullivan, R. S. Frase, *Proportionality Principles in American Law: Controlling Excessive Government Actions*, cit., pp. 56-57.

nell'Emendamento medesimo. Ad esempio, nel caso *City of Boerne v. Flores*²⁰², la Corte Suprema, nel delineare le caratteristiche del potere riconosciuto al Congresso dalla Sezione quinta del quattordicesimo Emendamento, ha affermato che l'esercizio di tale prerogativa deve essere “*congruent and proportional*” all'obiettivo che si intende perseguire²⁰³. Infine, ma sul punto si ritornerà al paragrafo successivo, si tenga presente il ruolo svolto dal principio di proporzionalità in materia di *dormant commerce clause*²⁰⁴.

In sostanza, l'esame della giurisprudenza rivela che la proporzionalità, intesa come criterio sostanziale tramite cui sindacare la legittimità costituzionale delle previsioni legislative, è presente in alcune aree del diritto costituzionale statunitense. Ciò premesso, nel tentativo di rispondere ai quesiti posti in precedenza, è opportuno spostare l'attenzione sul test di proporzionalità, per verificare se, ed in quale forma, sia rintracciabile nelle argomentazioni svolte dalla Corte Suprema.

VI.3. Il test di proporzionalità nella giurisprudenza della Corte Suprema

Non vi è dubbio che, ad oggi, la Corte Suprema non ha formulato una propria versione del test di proporzionalità, valida in generale, per affrontare tutte le complesse questioni di costituzionalità che è chiamata a risolvere²⁰⁵. Al tempo stesso, sarebbe errato pensare che il test di proporzionalità non sia mai stato impiegato da alcun giudice della Corte Suprema. Infatti, lo studio della giurisprudenza rivela che, talvolta, è possibile rintracciare forme embrionali dello standard argomentativo della proporzionalità nel percorso argomentativo seguito dai giudici costituzionali americani.

²⁰² *City of Boerne v. Flores*, 521 U.S. 507, (1997).

²⁰³ *City of Boerne v. Flores*, cit., pp. 519-520.

²⁰⁴ S. Gardbaum, *The Myth and the Reality of American Constitutional Exceptionalism*, cit., p. 327; B. Schlink, *Proportionality*, cit., p. 729.

²⁰⁵ V. J. Jackson., *Constitutional Law in an Age of Proportionality*, cit., p. 3104.

Al paragrafo precedente è stata menzionata la *dormant commerce clause*, come esempio di settore del diritto costituzionale statunitense ove trova spazio la proporzionalità in quanto criterio di valutazione. La *dormant commerce clause* torna, adesso, in considerazione anche per un ulteriore profilo; parte della dottrina, infatti, ritiene che la Corte Suprema abbia sviluppato un vero e proprio test di proporzionalità in tale ambito²⁰⁶. Invero, secondo alcuni esponenti della dottrina americana, la Corte Suprema ha esaminato, in un primo momento, la legittimità e l'importanza dello scopo perseguito dalla disposizione statale; in seguito ha verificato che il legislatore statale abbia impiegato il c.d. *least restrictive means*, mediante il controllo di necessità; infine, si è soffermata sugli effetti della disposizione censurata, per verificare che, in concreto, essa non imponga un *unreasonable burden* allo svolgimento degli scambi commerciali fra Stati diversi. Il test di proporzionalità in materia di *dormant commerce clause* pare svilupparsi nel periodo compreso tra la fine del diciannovesimo secolo e gli inizi del ventesimo²⁰⁷. Ad esempio, una formulazione ancora acerba del test di proporzionalità, può rinvenirsi già nella decisione *Reid v. Colorado*²⁰⁸, ove il giudice Harlan, nel formulare l'opinione della Corte, ha impiegato le seguenti parole: “*The State ... may protect its people and their property against such dangers, taking care always that the means employed to that end do not go beyond the necessities of the case or unreasonably burden the exercise of*

²⁰⁶ C. E. Harris, *An Undue Burden: Balancing in an Age of Relativism*, cit., pp. 420-434; A. Stone Sweet, J. Mathews, *All Things in Proportion? American Rights Review and the Problem of Balancing*, cit., pp. 814-824; E. T. Sullivan, R. S. Frase, *Proportionality Principles in American Law: Controlling Excessive Government Actions*, cit., pp. 57-58.

²⁰⁷ Ad esempio, si veda il caso *Railroad Co. v. Husen*, 95 U.S. 465, (1877). In tale occasione, il giudice Strong ha sviluppato uno schema argomentativo che molto assomiglia alla formulazione di un test di proporzionalità. Ed, infatti, dopo aver riconosciuto che uno Stato ha un legittimo interesse a disciplinare il commercio con altri Stati in molteplici circostanze (pp. 470-471), ha utilizzato il seguente modello argomentativo: “*We are thus brought to the question whether the Missouri statute is a lawful exercise of the police power of the State ... While we unhesitatingly admit that a State may pass sanitary laws, and laws for the protection of life, liberty, health or property within its borders; while it may prevent persons and animals suffering under contagious or infectious diseases, or convicts ... from entering the State; while for the purpose of self-protection it may establish quarantine, and reasonable inspection laws, it may not interfere with transportation into or through the State, beyond what is absolutely necessary for its self-protection*” (pp. 471-472).

²⁰⁸ *Reid v. Colorado*, 187 U.S. 137, (1902).

*privileges secured by the Constitution of the United States*²⁰⁹. Sebbene non siano ancora perfettamente delineati e scanditi, sono tuttavia rintracciabili tutti gli elementi costitutivi del test di proporzionalità. Infatti, in primo luogo, si riconosce la facoltà dello Stato di intervenire, per perseguire il legittimo obiettivo di proteggere i propri cittadini dai pericoli derivanti dalla possibilità di intrattenere relazioni commerciali con altri Stati; in secondo luogo, è richiesto che l'azione statale non si spinga oltre rispetto a quanto è strettamente necessario per il raggiungimento di tale obiettivo; da ultimo, è svolta una verifica in merito agli effetti della misura statale, dal momento che si vuole scongiurare che essa costituisca un *unreasonable burden*.

Una formulazione più completa del test di proporzionalità si ha, poi, nel caso *Pike v. Bruce Church, Inc.*²¹⁰; in tale occasione, la Corte all'unanimità ha elaborato il seguente schema interpretativo: “*Where a state statute regulates even-handedly to effectuate a legitimate local public interest, and its effects on interstate commerce are only incidental, it will be upheld unless the burden imposed on such commerce is clearly excessive in relation to the putative local benefits. If a legitimate local purpose is found, then the question (whether the regulation should be invalidated) becomes one of degree. And the extent of the burden that will be tolerated will ... depend on the nature of the local interest involved, and on whether it could be promoted as well with a lesser impact on interstate activities*”²¹¹. Tale formulazione rispecchia sostanzialmente la versione del test di proporzionalità, di carattere generale, accolta nel capitolo introduttivo del presente lavoro; ed infatti, sono riscontrabili tutti e quattro i passaggi di cui si compone siffatto modello argomentativo. In primo luogo, è presente la fase, che prende il nome di legittimità e si rinviene nell'espressione “*legitimate local public interest*”. In secondo luogo, il requisito dell'idoneità è implicito nella parole “*the statute regulates even-handedly to effectuate a legitimate local public interest*”. Dal momento che una disposizione, per perseguire un interesse pubblico

²⁰⁹ *Reid v. Colorado*, cit., p. 151.

²¹⁰ *Pike v. Bruce Church, Inc.*, 397 U.S. 137, (1970).

²¹¹ *Pike v. Bruce Church, Inc.*, cit., 142.

legittimo, deve essere idonea, tale passaggio impone di verificare che il mezzo prescelto dal legislatore statale non sia manifestamente pretestuoso. In terzo luogo, la Corte ha previsto il requisito della necessità, nel momento in cui ha affermato che “*the extent of the burden that will be tolerated will ... depend on whether it could be promoted as well with a lesser impact on interstate activities*”. Infine, per quanto concerne la proporzionalità in senso stretto, essa si rintraccia nel momento in cui la Corte Suprema richiede che la limitazione imposta agli scambi commerciali tra diversi Stati non sia “*clearly excessive in relation to the putative local benefits*”.

In sostanza, lo schema argomentativo talvolta impiegato dai giudici della Corte Suprema, in materia di *dormant commerce clause*, sembra riconducibile nei suoi elementi essenziali al test di proporzionalità sviluppatosi nel continente europeo.

Forme embrionali del test di proporzionalità si rinvengono in almeno altre due pronunce: in *R.A.V. v. City of St. Paul*²¹², in materia di *hate speech*, e nell’opinione dissenziente del giudice *Breyer* in *District of Columbia v. Heller*²¹³, per quanto riguarda il diritto di possedere armi riconosciuto dal secondo Emendamento.

Con la prima pronuncia, la Corte Suprema ha dichiarato incostituzionale un’ordinanza della Città di St. Paul, che sanzionava penalmente la condotta di chiunque ponesse, indistintamente sul suolo pubblico o privato, qualsiasi simbolo che potesse causare odio ed ostilità sulla base della razza, del sesso o del sentimento religioso. Si trattava, dunque, di un provvedimento che regolamentava la materia degli *hate speeches*. La decisione nel caso *R.A.V. v. City of St. Paul* costituisce un esempio di deviazione rispetto al modello *two-tier* e di utilizzazione della proporzionalità, intesa come tecnica interpretativa²¹⁴. Infatti, dal momento

²¹² *R.A.V. v. City of St. Paul*, 505 U.S. 377, (1992).

²¹³ *District of Columbia v. Heller*, 554 U.S. 570, (2008).

²¹⁴ Per un approfondimento sul tema, si veda Z. N. Laux, *Constitutional Anomalies: When Canada’s Proportionality and the U.S.’s Categorization Just Don’t Fit the Bill*, in 41 *University of Miami Inter-American Law Review*, 2010, 389.

che gli *hate speeches* non godono della protezione garantita dal Primo emendamento²¹⁵, la logica conclusione - in applicazione del modello *two-tier* - avrebbe dovuto essere quella della non applicazione dello *strict scrutiny*, con l'ulteriore conseguenza che il provvedimento della città di St. Paul non avrebbe dovuto essere dichiarato incostituzionale. Il giudice Scalia, invece, nel redigere l'opinione di maggioranza, sviluppò un diverso percorso argomentativo. In primo luogo, affermò che l'obiettivo di eliminare gli "*hate speeches*" era sufficientemente importante e tale da legittimare una limitazione alla libertà di espressione; quindi ritenne il provvedimento impugnato astrattamente idoneo per il perseguimento di tale finalità²¹⁶. Come si vede, si tratta di un modo di argomentare molto simile ai primi due passaggi del test di proporzionalità, vale a dire la verifica in merito alla legittimità ed idoneità del provvedimento impugnato. L'ordinanza censurata, tuttavia, non riuscì a superare la terza fase del test di proporzionalità; infatti, il giudice Scalia affermò che "*the dispositive question in this case ... is whether content discrimination is reasonably necessary to achieve St. Paul's compelling interests; it plainly is not*"²¹⁷. Il provvedimento impugnato, dunque, non costituiva il *least restrictive means* e, di conseguenza, venne dichiarato costituzionalmente illegittimo. In sostanza, la sentenza *R.A.V. v. City of St. Paul* dimostra che, anche in materia di Primo Emendamento, vi sono tracce del modello argomentativo della proporzionalità.

L'altra sentenza richiamata è la decisione nel caso *District of Columbia v. Heller*, con la quale la Corte Suprema, con una maggioranza di cinque giudici contro quattro, dichiarò incostituzionale una legge della città di Washington D.C., che imponeva sostanziali limitazioni al diritto di ciascuna persona di possedere armi. In tale occasione, il giudice Breyer scrisse la propria opinione dissenziente²¹⁸. Essa assume particolare importanza ai fini del presente lavoro, in quanto si tratta della prima volta in cui la proporzionalità, in quanto tecnica argomentativa, viene

²¹⁵ Si veda, a tal proposito, *supra* Par. IV.

²¹⁶ *R.A.V. v. City of St. Paul*, cit., p. 395.

²¹⁷ *R.A.V. v. City of St. Paul*, cit., pp. 395-396.

²¹⁸ *District of Columbia v. Heller*, cit., pp. 681-723.

espressamente menzionata in una motivazione della Corte Suprema²¹⁹; il giudice Breyer, infatti, parla di “*proportionality approach*”²²⁰.

Si rende, pertanto, necessaria un’analisi accurata del ragionamento svolto dal giudice Breyer. In primo luogo, egli contesta l’affermazione della maggioranza dei giudici della Corte Suprema, secondo cui un siffatto modello argomentativo è del tutto nuovo e privo di precedenti nell’esperienza statunitense²²¹. A tal proposito, cita numerose pronunce della Corte Suprema nelle quali, a suo avviso, è presente la proporzionalità in quanto tecnica argomentativa²²²; mentre, è assai attento a non menzionare esperienze costituzionali straniere²²³. In secondo luogo, il giudice Breyer formula una propria versione del test di proporzionalità, che si articola nelle seguenti quattro fasi: la prima, volta a verificare l’importanza della finalità perseguita e l’idoneità della disposizione legislativa nel raggiungimento dell’obbiettivo prefissato²²⁴; la seconda, mediante la quale esamina se, ed in quale misura, la norma impugnata limita i diritti e gli interessi costituzionalmente rilevanti (e, nel caso di specie, gli interessi che il secondo Emendamento protegge)²²⁵; la terza, che impone di controllare se il legislatore ha fatto ricorso al mezzo meno invasivo o se, al contrario, esistono altre soluzioni che consentono di ottenere il medesimo risultato, con un sacrificio minore degli altri diritti ed interessi costituzionali coinvolti²²⁶; infine, l’ultima fase, volta ad analizzare gli

²¹⁹ M. Cohen Eliya, I. Porat, *The Hidden Foreign Law Debate in Heller: The Proportionality Approach in American Constitutional Law*, cit., p. 379.

²²⁰ *District of Columbia v. Heller*, cit., p. 690.

²²¹ *District of Columbia v. Heller*, cit., p. 690.

²²² Si vedano le seguenti decisioni: *Nixon v. Shrink Missouri Government PAC*, 528 U.S. 377, (2000), (opinione concorrente del giudice Breyer, p. 402); *Thompson v. Western State Medical Center*, 535 U.S. 357, (2002), (opinione dissenziente del giudice Breyer, p. 388); *Burdick v. Takushi*, 504 U.S. 428, (1992), (p. 433); *Mathews v. Eldridge*, 424 U.S. 319, (1976), (pp. 339-349); *Pickering v. Board of Education of Township High School District 205, Will County*, 391 U.S. 563, (1968), (p. 568). In generale, poi, si veda *District of Columbia v. Heller*, cit., ove il giudice Breyer afferma che “*contrary to the majority’s unsupported suggestion that this sort of proportionality approach is unprecedented, the Court has applied it in various constitutional contexts, including election-law cases, speech cases and due process cases*” (p. 690).

²²³ Si veda, a tal proposito, *supra* Par. II.1.

²²⁴ *District of Columbia v. Heller*, cit., pp. 693-705.

²²⁵ *District of Columbia v. Heller*, cit., pp. 706-710.

²²⁶ *District of Columbia v. Heller*, cit., pp. 710-713.

effetti, in concreto, della legge censurata, per evitare che il sacrificio imposto ai diritti coinvolti sia sproporzionato rispetto ai benefici che si ottengono²²⁷. Come si vede, lo schema argomentativo proposto dal giudice Breyer ricalca, in maniera quasi speculare, il test di proporzionalità di matrice europea.

* * *

L'analisi svolta ai paragrafi precedenti consente di effettuare alcune considerazioni e di provare a rispondere agli interrogativi posti in precedenza. In primo luogo, parlare di *American exceptionalism* con riferimento al mancato impiego della proporzionalità, intesa sia come principio che come tecnica argomentativa, non è più corretto al giorno d'oggi; o, comunque, tale espressione assume un significato differente. Infatti, in primo luogo, sono state evidenziate le similitudini che, da un punto di vista analitico, si rinvencono tra il test di proporzionalità ed il modello *two-tier*. In secondo luogo, si è cercato di dimostrare che tanto la proporzionalità, intesa come principio, quanto il test di proporzionalità, non sono del tutto estranei all'ordinamento costituzionale americano, giacché elementi propri della proporzionalità sono rinvenibili all'interno della giurisprudenza della Corte Suprema.

In sostanza, le differenze che tradizionalmente si individuavano, tra il modello americano ed il modello fornito dal test di proporzionalità, di matrice europea, appaiono oggi esagerate e non corrispondenti alla realtà²²⁸. Pertanto, nell'ottica del presente lavoro, si può continuare ad utilizzare la formula *American exceptionalism*, ma tale espressione assume un significato meno rigido, più sfumato. L'esperienza costituzionale statunitense, infatti, può essere ritenuta ancora oggi eccezionale, anche per quanto concerne la proporzionalità, per un duplice ordine di ragioni. Innanzitutto, la proporzionalità non è stata ancora

²²⁷ *District of Columbia v. Heller*, cit., pp. 714-719.

²²⁸ Per un approfondimento sul tema, si veda L. E. Weinrib, *The Postwar Paradigm and American Exceptionalism*, in S. Choudhry, *The Migration of Constitutional Ideas*, Cambridge, Cambridge University Press, 2006, pp. 84 - 111.

elevata al rango di principio basilare dell'ordinamento giuridico²²⁹, come è testimoniato anche dal fatto che essa, come criterio di valutazione, ricorre raramente nelle motivazioni dei giudici federali²³⁰. Inoltre, la Corte Suprema non ha tutt'ora formulato un test di proporzionalità, valido in via generale, per la trattazione di tutte le complesse questioni di costituzionalità delle leggi che è chiamata a risolvere. Infatti, anche laddove si rinviene un siffatto modello argomentativo, esso viene generalmente impiegato in maniera sporadica e non sistematica²³¹.

VII. Nuove prospettive

Il modello statunitense di tutela dei diritti fondamentali, incentrato sul c.d. *categorical approach* e sulla netta ripartizione tra livelli di controllo, necessita oggi di essere ripensato. Esso presenta alcuni profili problematici e molto spesso, anche a causa di tali criticità, non sembra in grado di garantire adeguata protezione ai diritti fondamentali che vengono in rilievo in un determinato caso concreto²³².

Si pensi alle considerazioni svolte in precedenza ed in particolare all'aspetto problematico che prende il nome di "instabilità"²³³. L'instabilità è, appunto, la dimostrazione che il modello tradizionale, con la sua originaria articolazione in due livelli di sindacato, non funziona correttamente e, dunque, non è in grado di svolgere adeguatamente il proprio compito. Invero, il modello *two-tier*, nella conformazione originale era troppo semplicistico, scarno e riduttivo, per rappresentare un efficace sistema di protezione dei diritti fondamentali²³⁴. Esso

²²⁹ V. C. Jackson, *Ambivalent Resistance and Comparative Constitutionalism: Opening up the Conversation on "Proportionality"*, cit., p. 604.

²³⁰ B. Schlink, *Proportionality in Constitutional Law: Why Everywhere but Here?*, cit., pp. 297-298.

²³¹ A. Shinar, *Method and Culture in American Constitutional Law: A Critique of Proportionality and Constitutional Culture*, cit., p. 144.

²³² S. Breyer, *Making Our Democracy Work. A Judge's View*, New York, Alfred. A. Knopf, 2010, pp. 160-161.

²³³ Si veda *supra* Par. V.3.

²³⁴ S. B. Goldberg, *Equality Without Tiers*, cit., pp. 581-582.

prevedeva la sola alternativa tra *rational basis review* e *strict scrutiny*; o si sceglie l'uno, o si sceglie l'altro, *tertium non datur*. L'eccessiva semplificazione viene messa ulteriormente in risalto da due inevitabili fattori, tra di loro connessi. Il riferimento è, da un lato, alla limitata capacità del linguaggio di ricomprendere, all'interno del suo campo semantico, tutte le fattispecie concretamente realizzabili; dall'altro lato, alla imprevedibilità e alla molteplicità dei comportamenti umani che possono presentarsi nella realtà concreta²³⁵. Anche tali aspetti, rafforzano l'idea che fosse impossibile fare affidamento su due sole macro-categorie per la gestione dei conflitti tra diritti fondamentali.

La Corte Suprema, dunque, è stata costretta, nel corso degli anni, ad apportare continue modifiche al modello *two-tier*, sia mediante l'attenuazione delle caratteristiche proprie del *rational basis review*²³⁶ e dello *strict scrutiny*²³⁷, sia mediante la creazione di nuove categorie e la conseguente individuazione di nuovi livelli di controllo²³⁸. Tali cambiamenti, tuttavia, hanno contribuito a complicare notevolmente il modello originario, creando incertezza e confusione, soprattutto per quanto concerne l'individuazione del livello di controllo che, in un determinato caso concreto, avrebbe trovato applicazione²³⁹.

Tale incertezza coinvolge tanto chi deve prendere le decisioni, quanto chi deve subirne gli effetti e comprendere le motivazioni che hanno condotto ad una certa soluzione. Per quanto riguarda i giudici, la continua individuazione di nuove categorie e di nuovi livelli di controllo, rende particolarmente arduo il loro compito, dal momento che diventa difficile stabilire cosa è consentito e cosa, invece, è vietato dall'ordinamento, in uno scenario così complesso, frastagliato ed

²³⁵ A. W. Alschuler, *Bright Line Fever and the Fourth Amendment*, in 45 *University of Pittsburgh Law Review*, 1984, 227, pp. 227-228.

²³⁶ Si veda *supra* Par. V.3.1.

²³⁷ Si veda *supra* Par. V.3.2.

²³⁸ Si veda *supra* Par. V.3.3.

²³⁹ V. J. Jackson., *Constitutional Law in an Age of Proportionality*, cit., p. 3129; R. Randall Kelso, *The Structure of Planned Parenthood v. Casey Abortion Rights Law: Strict Scrutiny for Substantial Obstacles on Abortion Choice and Otherwise Reasonableness Balancing*, cit., pp. 125-135; R. Randall Kelso, *United States Standards of Review Versus the International Standard of Proportionality: Convergence and Symmetry*, cit., pp. 483-486.

in continua evoluzione²⁴⁰. Per quanto concerne i soggetti coinvolti in una determinata controversia, l'incertezza e la confusione producono ineludibili conseguenze con riferimento alla difficile prevedibilità delle decisioni. Inoltre, sempre dall'ottica dei soggetti implicati in una decisione giudiziale, vengono in rilievo ulteriori profili problematici del modello *two-tier*, in quanto il percorso argomentativo seguito dai giudici della Corte Suprema, molto spesso, non è chiaro e ben delineato, al punto che le decisioni appaiono il risultato delle preferenze e dell'ideologia di ciascun giudice, piuttosto che il frutto di un iter interpretativo chiaro e trasparente²⁴¹. Ciò produce conseguenze negative per quanto riguarda la giustificabilità delle decisioni, che risultano difficilmente accettabili dall'opinione pubblica²⁴².

In sostanza, il *categorical approach* ed il modello *two-tier* sembrano, al giorno d'oggi, inadeguati per trattare le complesse questioni poste da un sistema di giustizia costituzionale²⁴³. Potrebbe, pertanto, risultare auspicabile un ripensamento del modello statunitense, dal momento che un efficiente sistema di protezione dei diritti fondamentali richiede la predisposizione di un modello più flessibile, maggiormente attento all'esperienza concreta e non ancorato a posizioni rigide, predeterminate e avulse dalla realtà fattuale²⁴⁴.

Un'alternativa al modello *two-tier* può essere fornita dal test di proporzionalità. Con ciò non si vuole sostenere che l'impiego dello standard argomentativo della proporzionalità risolverebbe tutte le criticità riscontrate nel modello statunitense; al tempo stesso, però, l'adozione di tale schema interpretativo potrebbe contribuire a superare almeno alcuni degli inconvenienti precedentemente individuati. Vi è già chi ha sostenuto, sia in dottrina sia in giurisprudenza, la

²⁴⁰ D. A. Farber, *The Categorical Approach to Protecting Speech in American Constitutional Law*, cit., pp. 932-933.

²⁴¹ Si rinvia alle considerazioni svolte *supra* Par. V.1.

²⁴² Per un approfondimento su tale tematica, si rinvia ai Parr. II.1., II.2. e II.4. del Capitolo V.

²⁴³ A. Tsesis, *The Categorical Free Speech Doctrine and Contextualization*, in *65 Emory Law Journal*, 2015, 495, pp. 530-531.

²⁴⁴ A. Brownstein, *How Rights Are Infringed: The Role of Undue Burden Analysis in Constitutional Doctrine*, in *45 Hastings Law Journal*, 1994, 867, pp. 954-958.

necessità di aprire espressamente le porte alla proporzionalità anche nell'ordinamento costituzionale statunitense. Il giudice Breyer, ad esempio, ha auspicato un maggiore utilizzo dello standard argomentativo fornito dalla proporzionalità, almeno in tutti quei casi in cui il modello *two-tier* è apparso particolarmente inadatto²⁴⁵. Egli, in molteplici pronunce, ha descritto la proporzionalità come una tecnica interpretativa non del tutto estranea all'ordinamento americano, ma, al contrario, velatamente presente almeno in alcune aree del diritto costituzionale²⁴⁶. Inoltre, nell'ottica del giudice Breyer, la proporzionalità dovrebbe essere impiegata come tecnica sussidiaria, per sopperire alle aporie ed alle crisi del modello *two-tier*. In dottrina, vi è anche chi ha suggerito l'utilizzo, in via generale, dello standard argomentativo della proporzionalità e, dunque, il completo accantonamento del precedente modello *two-tier*²⁴⁷.

La soluzione corretta pare rinvenirsi a metà strada rispetto alle due posizioni appena delineate. In particolare, se è vero che la proporzionalità costituisce una tecnica argomentativa adatta a superare gli inconvenienti del modello *two-tier*, in una prima fase non si può pensare di accantonare completamente il sistema tradizionale. L'idea è, pertanto, che esistano alcune aree del diritto costituzionale americano ove è auspicabile fin da subito la sostituzione del precedente modello argomentativo, incentrato sul *categorical approach*, con la tecnica argomentativa della proporzionalità²⁴⁸. Tale passaggio, invece, appare più difficoltoso in altri settori del diritto costituzionale statunitense, nei quali esso necessita di maggior tempo e di ulteriori riflessioni e, dunque, potrà essere più graduale.

In sostanza, sarebbe auspicabile che la Corte Suprema degli Stati Uniti delineasse una propria tipologia del test di proporzionalità che possa trovare applicazione, in

²⁴⁵S. Breyer, *Making Our Democracy Work. A Judge's View*, cit.; S. Breyer, *Active Liberty. Interpreting Our Democratic Constitution*, New York, Alfred A. Knopf, 2005.

²⁴⁶ Si veda *supra* Par. VI.3 ed, in particolare, la nota n. 222.

²⁴⁷ E. T. Sullivan, R. S. Frase, *Proportionality Principles in American Law: Controlling Excessive Government Actions*, cit., ove si auspica l'adozione della proporzionalità "as a general standard of review" (p. 173).

²⁴⁸ Si veda *infra* Par. VII.1.

un primo momento, in determinati settori del diritto costituzionale statunitense. In un secondo momento, qualora il test dimostri di sapersi ben adattare alle peculiarità dell'ordinamento americano, il suo campo di applicazione potrà diventare generalizzato ed estendersi, così, a tutto il diritto costituzionale statunitense.

I benefici connessi all'utilizzo di tale tecnica argomentativa - anche con specifico riferimento all'ordinamento statunitense - saranno esaminati nel capitolo finale del presente lavoro; a questo punto della trattazione, preme, però, anticipare che l'adozione del test di proporzionalità potrebbe senz'altro contribuire a risolvere alcune delle criticità delineate in precedenza. In particolare, l'adozione di un unico standard argomentativo, al posto della molteplicità dei livelli di controllo, propri dell'attuale sistema *two-tier*, potrebbe rendere molto meno incerto e molto meno caotico il sistema di protezione dei diritti fondamentali²⁴⁹. Infatti, la predisposizione di un unico test, applicabile in via generale alla trattazione di tutti i casi (o, comunque, di quelli rientranti nelle materie nelle quali trova applicazione il test di proporzionalità), agevolerebbe non poco l'operato dei giudici, rappresentando, al tempo stesso, quello strumento flessibile ed attento al dato concreto di cui l'esperienza costituzionale statunitense sembra necessitare in questo momento storico.

VII.1. Aree nelle quali il terreno è già fertile per l'incorporazione del test di proporzionalità

Nell'ordinamento costituzionale statunitense sono identificabili alcuni ambiti, nei quali è auspicabile che il passaggio dal modello *two-tier* al test di proporzionalità avvenga in tempi abbastanza ristretti.

In primo luogo, si pensi a quelle aree del diritto costituzionale americano, ove la proporzionalità è presente, nella veste di parametro, tramite cui sindacare le scelte

²⁴⁹ Peraltro, è opportuno precisare che si tratterebbe di una semplificazione, ma - in questo caso - nell'accezione positiva del termine.

effettuate dal legislatore²⁵⁰. In particolare, fra i numerosi esempi richiamati in precedenza, si prenda in considerazione il divieto di pene crudeli ed inusitate e il diritto della donna di abortire.

Per quanto riguarda la giurisprudenza formatasi in merito all'ottavo Emendamento, è già stato segnalato che la Corte Suprema, a partire dal caso *Graham v. Florida*²⁵¹, ha affermato, ponendo fine al dibattito formatosi sul punto, che la proporzionalità è un concetto chiave dell'ottavo Emendamento. A tale presa di posizione, tuttavia, non ha fatto seguito la predisposizione di uno standard, attraverso il quale valutare se la sanzione, applicata ad un determinato soggetto, sia eccessiva e, dunque, sproporzionata²⁵². L'idea del trattamento sanzionatorio proporzionato rimane, infatti, una nozione abbastanza vaga ed indeterminata nella giurisprudenza della Corte Suprema²⁵³. Tali criticità potrebbero essere in parte attenuate qualora la Corte formulasse, in maniera espressa ed univoca, un test di proporzionalità, facendo particolare attenzione a specificare il parametro di riferimento nel valutare se una sanzione è sproporzionata²⁵⁴ ed indicando espressamente le finalità²⁵⁵ che il trattamento sanzionatorio deve perseguire, per superare indenne il primo passaggio del test.

Per quanto concerne il diritto della donna di abortire, si è registrato un netto mutamento giurisprudenziale; infatti, in un primo momento, il criterio scelto per valutare la legittimità di una previsione che limitava la scelta della donna di

²⁵⁰ Si richiamano le considerazioni svolte *supra* Par. VI.2.

²⁵¹ *Graham v. Florida*, cit.

²⁵² J. F. Stinneford, *Rethinking Proportionality under the Cruel and Unusual Punishments Clause*, cit., pp. 904-905.

²⁵³ Y. Lee, *Why proportionality matters*, cit., pp. 1851-1852.

²⁵⁴ Ad esempio, in dottrina è stata avanzata la seguente ipotesi: per valutare se una sanzione penale è sproporzionata, si deve prendere come parametro di riferimento il trattamento riservato ad altri soggetti, in situazioni analoghe o in circostanze più o meno gravi. Per un approfondimento su tale ricostruzione, si veda: Y. Lee, *Why proportionality matters*, cit. pp. 1841-1842; J. F. Stinneford, *Rethinking Proportionality under the Cruel and Unusual Punishments Clause*, cit., pp. 969-973.

²⁵⁵ Ad esempio, la Corte Suprema dovrà indicare quale sia la finalità del trattamento sanzionatorio di tipo penale, scegliendo, in particolare, tra le seguenti opzioni: punitiva, riabilitativa, dissuasiva, incapacitante.

abortire era lo *strict scrutiny*²⁵⁶, mentre, a partire dal caso *Planned Parenthood v. Casey*²⁵⁷, si utilizza il parametro dell'*undue burden* e del *substantial obstacle*. Tali concetti non si caratterizzano per un approccio di tipo categorico, dal momento che essi non presuppongono l'individuazione, in via generale ed astratta, delle manifestazioni che costituiscono un ostacolo sostanziale al diritto della donna di abortire²⁵⁸; dunque, i suddetti standard si pongono al di fuori della logica propria del modello *two-tier*. L'*undue burden* ed il *substantial obstacle* richiedono al giudice un sforzo interpretativo particolarmente gravoso; essi impongono all'interprete di ampliare lo sguardo delle proprie valutazioni, di proiettarsi nella realtà concreta e, in tal modo, di andare a valutare l'impatto effettivo della legislazione sottoposta al suo vaglio, per verificare che non sia eccessivamente gravosa. Tuttavia, analogamente a quanto rilevato con riferimento al divieto di pene crudeli ed inusitate, la Corte Suprema non ha ancora formulato un test, mediante il quale valutare cosa costituisce un *undue burden* e, dunque, cosa rappresenta una limitazione sproporzionata del diritto della donna di abortire²⁵⁹. In sostanza, anche con riferimento al criterio dell'*undue burden*, si ritiene per lo meno auspicabile la predisposizione di un test mediante il quale esaminare, in primo luogo, se la disposizione limitatrice del diritto della donna di abortire persegue una finalità legittima (o importante, o impellente); accertare, in secondo luogo, che la norma in questione superi la verifica di idoneità e di necessità; analizzare, infine, gli effetti in concreto della disposizione impugnata, soppesando, rispettivamente, i benefici ed i sacrifici che essa comporta, con l'obbiettivo di espellere dall'ordinamento quelle disposizioni che impongono un onere estremamente gravoso nei confronti del diritto della donna di decidere se portare avanti od interrompere la gravidanza.

²⁵⁶ Si veda *supra* Par. IV.2.

²⁵⁷ *Planned Parenthood v. Casey*, cit.

²⁵⁸ C. E. Harris, *An Undue Burden: Balancing in an Age of Relativism*, cit., pp. 434-435. L'autore sottolinea che "(the undue burden) is not rule-like in application. It is neither a rational test, nor a strict scrutiny test, nor the intermediate standard of other Supreme Court case law. It makes no a priori judgements about policy. As used and developed, it is not intended to "settle.in" to a pattern, but rather to weigh interests on each occasion dispute arises" (p. 434).

²⁵⁹ C. E. Harris, *An Undue Burden: Balancing in an Age of Relativism*, cit., pp. 422-423. L'autore osserva, a proposito dell'*undue burden*, che "The Court uses the term gratuitously, or without intending a specific or general standard" (p. 423).

Nell'ordinamento costituzionale statunitense si rinviene un'ulteriore area, in riferimento alla quale la Corte Suprema potrebbe adottare un test di proporzionalità senza peraltro suscitare particolare clamore. Il riferimento è al quarto Emendamento, nella parte in cui prevede il diritto del cittadino contro perquisizioni e sequestri non ragionevoli. Fino ad oggi, la Corte Suprema non ha espressamente impiegato la proporzionalità, né come principio, né, tanto meno, come tecnica interpretativa, in suddetta area del diritto. Al contrario, la giurisprudenza, formatasi in merito al divieto di perquisizioni e sequestri non ragionevoli, è un esempio lampante di *categorical approach*; si assiste, infatti, al continuo proliferare di nuove categorie, alla creazione di nuove regole di matrice giurisprudenziale, che altro non fanno se non complicare e rendere poco comprensibili le decisioni sul quarto Emendamento²⁶⁰. Proprio in virtù di tali caratteristiche, la giurisprudenza, in merito al divieto di perquisizioni e di sequestri irragionevoli, è stata ampiamente criticata in dottrina ed, in particolare, ne sono stati evidenziati i seguenti vizi: l'incoerenza e la contraddittorietà²⁶¹, il carattere estremamente vago e poco trasparente²⁶², l'eccessiva complessità²⁶³.

Le considerazioni che precedono rendono alquanto auspicabile l'impiego, da parte della Corte Suprema, di uno standard argomentativo diverso da quello di tipo categorico ed avulso dalla dimensione fattuale, che ha prevalso fino ad oggi. Sembra, pertanto, opportuna la sostituzione del modello attualmente dominante con una tecnica interpretativa flessibile, attenta alle circostanze rilevanti nel caso

²⁶⁰ A. W. Alschuler, *Bright Line Fever and the Fourth Amendment*, cit., pp. 287-288.

²⁶¹ A. G. Amsterdam, *Perspectives on the Fourth Amendment*, in 58 *Minnesota Law Review*, 1974, 349. In particolare, l'autore evidenzia che “*for clarity and consistency, the law of the fourth amendment is not the Supreme Court's most successful product*” (p. 349).

²⁶² L. L. Weinreb, *Your Place or Mine? Privacy of Presence Under the Fourth Amendment*, in *The Supreme Court Review*, 1999, 253. L'autore afferma che la giurisprudenza, con riferimento al divieto di perquisizioni e sequestri non ragionevoli, è “*shifting, vague, and anything but transparent*” (p. 253).

²⁶³ A. R. Amar, *Fourth Amendment First Principles*, in 107 *Harvard Law Review*, 1994, 757. L'autore mette in risalto che la giurisprudenza formatasi in merito al quarto Emendamento è “*a vast jumble of judicial pronouncements that is not merely complex and contradictory, but often perverse*” (p. 758).

concreto, che esuli dalla logica delle regole e delle categorie predefinite²⁶⁴. A dire il vero, la Corte Suprema ha già manifestato l'esigenza di abbandonare il vecchio modello, per adottarne uno nuovo - incentrato su di un unico standard argomentativo - senza però tradurre tale consapevolezza in fatti concreti²⁶⁵.

Anche con riferimento al quarto Emendamento, una valida alternativa si rinviene nel test di proporzionalità. Tale Emendamento utilizza l'espressione "irragionevoli" per riferirsi a quelle perquisizioni e a quei sequestri che sono vietati dall'ordinamento. Ebbene, la "ragionevolezza" evoca il concetto di proporzionalità, nel senso che si vuole censurare i sequestri e le perquisizioni che risultano eccessivi, sproporzionati e, dunque, non ragionevoli²⁶⁶. In altre parole, la nozione di ragionevolezza richiama l'idea che vi debba essere una qualche relazione sia tra l'interesse perseguito dal legislatore, nel predisporre un sequestro o una perquisizione, e l'interesse, contrapposto, del soggetto alla propria privacy; sia tra l'oggetto del sequestro e della perquisizione e l'obbiettivo che, con essi, si intende perseguire. Chiarito, dunque, che la proporzionalità, intesa come principio, non è un concetto estraneo al quarto Emendamento, è altresì auspicabile che la Corte Suprema inizi ad impiegare un test di proporzionalità, anche in tale settore del diritto costituzionale. In particolare, il test di proporzionalità con riferimento al quarto Emendamento potrà riprendere, in via generale, la suddivisione in quattro fasi accolta nel primo capitolo, con l'introduzione di

²⁶⁴ Tali esigenze sono state evidenziate dalla Corte Suprema in più di un'occasione. Si vedano, a tal proposito, due decisioni: il caso *Bell v. Wolfish*, 441 U.S. 520, (1979), ove la Corte ha affermato che "*the test of reasonableness under the Fourth Amendment is not capable of precise definition or mechanical application. In each case it requires a balancing of the need to search against the invasion of personal rights that the search entails*" (p. 559); ed il caso *Illinois v. Gates*, 462 U.S. 213, (1983), ove la Corte ha affermato, in un primo momento, che "*probable cause is a fluid concept - turning on the assessment of probabilities in particular factual contexts, not readily, or even usefully, reduced to a neat set of legal rules*" (p. 232) e, successivamente, che "*there are so many variables in the probable cause equation that one determination will seldom be a useful precedent for another*" (p. 238).

²⁶⁵ Si veda, a titolo esemplificativo, il caso *Dunaway v. New York*, 442 U.S. 200, (1979), ove la Corte ha sottolineato che "*a single familiar standard is essential to guide police officers, who have only limited time and expertise to reflect on and balance the social and individual interests involved in the specific circumstances they confront*" (p. 214).

²⁶⁶ Per un analoga posizione, si veda V. C. Jackson, *Being Proportional about Proportionality*, cit., p. 849.

alcuni accorgimenti. Infatti, mentre non creano particolari problemi i primi tre passaggi del test di proporzionalità, ovvero la verifica in merito alla legittimità, all'idoneità e alla necessità del sequestro o della perquisizione, particolare attenzione dovrà essere posta con riferimento al quarto passaggio del test di proporzionalità, la proporzionalità in senso stretto. In primo luogo, infatti, dovranno essere soppesati, da un lato, la serietà del danno che si vuole prevenire mediante il sequestro e la perquisizione e, dall'altro lato, il grado di intrusione nella sfera personale, nella proprietà e nella libertà di ciascun soggetto, che le suddette misure comportano. In secondo luogo, dovrà essere preso in considerazione il grado di cogenza che deve supportare un determinato sequestro ed una determinata perquisizione, con inevitabili conseguenze per quanto concerne l'onere della prova. In particolare, invasioni più penetranti nella sfera di ciascun soggetto, dovranno essere sorrette da ragioni particolarmente pressanti e da un'accurata dimostrazione in merito all'ineludibilità di un sequestro o di una perquisizione. In terzo luogo, nel condurre la valutazione in merito alla proporzionalità in senso stretto, dovranno essere tenute in adeguata considerazione tutte le circostanze rilevanti nel caso concreto, ad iniziare, ad esempio, dalla tempistica e dalle modalità del sequestro o della perquisizione di cui si discute.

VII.2. La versione statunitense del test di proporzionalità

Al paragrafo precedente sono state individuati tre ambiti, nei quali la Corte Suprema potrebbe, senza suscitare eccessive polemiche, adottare il test di proporzionalità. Si è cercato, altresì, di mettere in rilievo le peculiarità che un siffatto standard argomentativo presenterebbe con riferimento a ciascuna area precedentemente individuata.

Lo scenario, tuttavia, si complica se, per ipotesi, si estende il campo di applicazione del test di proporzionalità fino a ricomprendere tutto il diritto costituzionale statunitense. Un siffatto approccio sarebbe, infatti, aspramente

criticato da un parte della dottrina²⁶⁷, così come sarebbe analogamente avversato da quei giudici, di ideologia conservatrice, che vedono con particolare sfavore l'introduzione di uno standard argomentativo di matrice europea al posto del tradizionale modello *two-tier*.

L'idea che, di seguito, si cercherà di sviluppare è l'elaborazione di un test di proporzionalità che possa, in una certa misura, tenere in considerazione le peculiarità che hanno caratterizzato l'ordinamento costituzionale statunitense ed, in particolare, la consapevolezza che alcuni diritti, in virtù della loro maggiore importanza, necessitano di una protezione più efficace. In altre parole, come possono combinarsi fra loro la dottrina delle *preferred positions* ed il test di proporzionalità?

Nel tentativo di rispondere al quesito, si tenga anzitutto presente una caratteristica del test di proporzionalità: esso non costituisce un modello argomentativo, che si applica indistintamente, nella medesima misura, a prescindere dagli interessi e dai diritti coinvolti in un determinato caso concreto. Come è stato evidenziato da una parte della dottrina, la proporzionalità, come tecnica argomentativa, consente di tenere in adeguata considerazione la natura dei diritti coinvolti, richiedendo giustificazioni maggiori e più approfondite in presenza di diritti ritenuti particolarmente importanti²⁶⁸. Vi è, inoltre, chi ha individuato nella tecnica argomentativa della proporzionalità una "*doctrine of variable intensity of*

²⁶⁷ L'idea che l'introduzione, fin da subito, del test di proporzionalità, in via generalizzata, non sarebbe salutata con particolare favore dalla maggioranza degli addetti ai lavori è maturata, soprattutto, in seguito ad alcuni colloqui intercorsi con alcuni Professori dell'Università *Chicago-Kent College of Law*, durante un soggiorno a Chicago.

²⁶⁸ Si veda, a tal proposito, V. J. Jackson., *Constitutional Law in an Age of Proportionality*, cit., pp. 3173-3174. Si veda, altresì: S. Gardbaum, *The Myth and the Reality of American Constitutional Exceptionalism*, cit., pp. 418-419. In particolare, l'autore sottolinea che "*it is inaccurate to suggest that the principle of proportionality standardly employed outside the United States to determine if infringements of constitutional rights are justified always or generally involves a single and lesser - or even no - presumption, rather than a sliding scale depending on, among other factors, the nature of the particular right infringed*" (p. 418); M. Heintzen, *Il principio di proporzionalità. Un cosmopolita tedesco del diritto costituzionale*, Modena, Mucchi Editore, 2015, p. 34.

*review*²⁶⁹, ove l'aggettivo variabile indica, appunto, la capacità della proporzionalità di tenere in debito conto l'importanza dei diritti, che, di volta in volta, si trovano a subire una restrizione.

Dopo questa premessa, è possibile provare a ricostruire la versione americana del test di proporzionalità che potrebbe trovare applicazione, in via generale, con riferimento a tutto l'ordinamento costituzionale statunitense; l'introduzione di tale standard argomentativo potrebbe comportare benefici non secondari per il sistema di giustizia costituzionale²⁷⁰. Per quanto riguarda la prima fase del test di proporzionalità, inerente la verifica dell'obbiettivo che si vuole perseguire mediante la disposizione legislativa impugnata, è opportuno tenere distinta l'ipotesi in cui viene in rilievo (o, meglio, viene limitato) un diritto, rientrante nella categoria delle *preferred positions*²⁷¹, dalle altre situazioni. Nel primo caso, ovvero in presenza di quei diritti e di quelle libertà che possiedono un'importanza maggiore rispetto ad altri e che, in quanto tali, necessitano di un livello di controllo più intenso per poter tollerare interferenze e limitazioni, dovrebbero essere riconosciute costituzionalmente valide quelle finalità, che non solo risultano legittime, ma che possiedono una spiccata rilevanza costituzionale. Dunque, una verifica più rigorosa già al primo livello del test di proporzionalità, in presenza di diritti ritenuti particolarmente importanti. Per quanto riguarda la seconda fase del test di proporzionalità, la c.d. idoneità, non si rinviene l'esigenza di introdurre significative variazioni rispetto al modello delineato nel primo capitolo del presente lavoro. La terza fase del test, ovvero il controllo in merito alla necessità, richiede il compimento di una verifica più accurata rispetto alle valutazioni sul rapporto mezzi/fini svolte fino ad oggi dalla Corte Suprema. Infatti, la disposizione impugnata dovrà risultare l'unica soluzione plausibile, in quanto consente di raggiungere un elevato grado di soddisfazione dell'obbiettivo atteso con il minor sacrificio possibile dei diritti di importanza primaria. Tale controllo potrà essere condotto in maniera più elastica in presenza di diritti che

²⁶⁹ J. Rivers, *Proportionality and Variable Intensity of Review*, cit., p. 207.

²⁷⁰ Per quanto concerne i benefici connessi all'utilizzo del test di proporzionalità, si rimanda al Capitolo V ed, in particolare, ai Parr. II. ss.

²⁷¹ Si richiama quanto osservato *supra* Par. IV. e Par. IV.2.

esulano dalla categoria delle *preferred positions*. Infine, anche con riferimento all'ultima fase del test di proporzionalità, è opportuno introdurre una modifica. Sappiamo che la proporzionalità in senso stretto richiede al giudice di soppesare e bilanciare i vari diritti ed interessi coinvolti, così calandosi nell'esperienza concreta. Ebbene, in presenza di diritti particolarmente importanti, è opportuno - ancor prima di volgere lo sguardo alla realtà, per valutare costi e benefici - assegnare a priori (a livello astratto) un peso specifico maggiore a quella determinata categoria di diritti. In altre parole, il punto di partenza delle operazioni di pesatura e di bilanciamento non sarebbe una bilancia, nella quale entrambi i piatti sono pari, bensì una bilancia ove il peso è spostato dalla parte delle posizioni ritenute *preferred*. L'esame del dato concreto, poi, potrà mutare gli equilibri ma, certamente, serviranno benefici assai maggiori per spostare l'ago della bilancia e giustificare una limitazione di tali diritti particolarmente rilevanti.

La versione americana del test di proporzionalità sopra delineata non è certamente l'unica; in dottrina si rinvengono altre ricostruzioni dello schema interpretativo della proporzionalità, valide per l'esperienza statunitense. Tuttavia, quella proposta ha almeno due pregi. In primo luogo, tiene in debita considerazione la distinzione, che era alla base dell'originario modello *two-tier*, tra i diritti rientranti nella categoria delle *preferred positions* e gli altri ed è, dunque, rispettosa di una dottrina formatasi in più di duecento anni di storia di giustizia costituzionale. In secondo luogo, il modello delineato ha il pregio di non risultare - almeno sulla carta - eccessivamente complesso o, comunque, non più complicato ed articolato rispetto ad altre ricostruzioni proposte²⁷², garantendo, al tempo stesso, un livello soddisfacente di protezione dei diritti fondamentali coinvolti. Tali considerazioni necessitano, peraltro, di una verifica sul piano concreto, che si potrà avere solamente se e quando il modello proposto del test di proporzionalità verrà

²⁷² Si veda, ad esempio, V. Perju, *Proportionality and Stare Decisis: Proposal for a New Structure*, cit., pp. 197-199 e pp. 210-214. L'autore propone un'affascinante versione americana del test di proporzionalità, che si caratterizza per l'introduzione di una quinta fase, la cd. *disruption analysis*, che possa consentire ai giudici di tenere in adeguata considerazione il valore delle decisioni precedentemente formatesi e l'esigenza di garantire un certo grado di stabilità. Tale modello, però, risulta eccessivamente complesso e la complessità si riscontrerà, poi, nel momento in cui i giudici eventualmente daranno concreta applicazione a siffatto standard argomentativo.

impiegato dai giudici della Corte Suprema, come percorso argomentativo da seguire nel motivare le loro decisioni.

Capitolo V

Il “successo” della proporzionalità

I. Introduzione. - I.1. La rilevanza della motivazione nella risoluzione dei conflitti tra diritti fondamentali. - II. Benefici connessi all'utilizzo del test di proporzionalità. - II.1. *Structured analysis*. - II.2. *Transparency*. - II.3. *Flexibility e fact sensitivity*. - II.4. *Objectivity e neutrality*. - II.5. *Dialogue*. - II.6. *International dialogue*. - II.7. *Access to justice*. - III. Profili problematici. - III.1. *Incommensurability*. - III.2. *Insufficient protection*. - III.3. *Arbitrariness e subjectivity*. - III.4. *Counter majoritarian problem*. - III.4.1. Le fonti della legittimazione. - III.4.2. Il rapporto giudice-legislatore: la ricerca di un nuovo equilibrio. - IV. Conclusioni.

I. Introduzione

Le Costituzioni contemporanee presentano una caratteristica pressoché costante: si tratta di documenti dall'impianto pluralistico, che codificano al loro interno un catalogo assai ampio ed eterogeneo di diritti fondamentali. A quest'ultimi, inoltre, non è riconosciuta una tutela di carattere assoluto, in quanto essi debbono essere necessariamente limitati per poter delineare in maniera armonica ed ordinata il complessivo quadro costituzionale¹. Pertanto, se da un lato in uno Stato costituzionale “*lo spazio giuridico è saturo di diritti*”²; dall'altro lato, ciascun diritto, anche in considerazione delle caratteristiche derivanti dalla natura di principio che esso presenta³, tende a porsi in conflitto con altri diritti, interessi e beni di rilievo costituzionale, ed a subire limitazioni ed interferenze. I diritti fondamentali presentano, dunque, una struttura relazionale, in virtù della quale essi debbono essere esercitati tenendo conto delle esigenze di tutela degli altri interessi individuali, con cui entrano in tensione nella vita quotidiana⁴.

¹ Si rinvia al Par. V. del Capitolo I.

² G. Pino, *Diritti e interpretazione. Il ragionamento giuridico nello Stato Costituzionale*, Bologna, Il mulino, 2010, p. 213

³ Si rinvia ai Parr. V.1.1., V.1.2. e V.1.3. del Capitolo I.

⁴ M. Cartabia, *Diritti, giudizi e conflitti*, in 1 *Ars interpretandi*, gennaio-giugno 2015, 33, pp. 44-46. Si veda, altresì, A. Spadaro, *Dall'indisponibilità (tirannia) alla ragionevolezza*

Così come i conflitti tra diritti sono inevitabili, altrettanto imprescindibile è il ricorso alla tecnica del bilanciamento per risolvere tali contrasti. Infatti, dal momento che nessun diritto può valere fino ad annientare completamente gli altri e che non si dispone di una gerarchia tra diritti, allora è necessario individuare una soluzione alternativa ai criteri tradizionali di risoluzione delle antinomie, che possa consentire l'armonica coesistenza dei diritti coinvolti in una fattispecie concreta⁵. Ecco, dunque, che nello Stato costituzionale assume particolare importanza il bilanciamento, vale a dire quella tecnica che può essere riassunta nella formula della tolleranza e della convivenza tra i diritti fondamentali sanciti in Costituzione⁶.

Una volta preso atto dell'inevitabilità del bilanciamento nella risoluzione dei conflitti, è al tempo stesso opportuno farne un uso controllato. In particolare, un impiego sorvegliato di tale tecnica diventa necessario, dal momento che essa presenta un carattere fortemente valutativo; l'esercizio di una valutazione da parte del giudice, nell'effettuare scelte costose nei confronti dei diritti fondamentali, diventa così un momento essenziale ed ineliminabile del bilanciamento⁷. Quest'ultimo, infatti, comporta un duplice ordine di considerazioni: da un lato, quelle di natura giuridica, che potrebbero essere definitive di "diritto positivo"; dall'altro lato, considerazioni di carattere morale, soggettivo e, talvolta, intuitive⁸.

(bilanciamento) dei diritti fondamentali. Lo sbocco obbligato: l'individuazione di doveri altrettanto fondamentali, in *1 Politica del diritto*, marzo 2006, 167, pp. 171-172.

⁵ Si rinvia al Par. VI.2. del Capitolo 1.

⁶ Si veda A. Morrone, *Il bilanciamento nello stato costituzionale. Teoria e prassi delle tecniche di giudizio nei conflitti tra diritti e interessi costituzionali*, Torino, Giappichelli Editore, 2014, ove l'autore afferma che "la costituzione come ordinamento vivente implica il bilanciamento, quale criterio di mediazione di unità politica e pluralismo" (p. 115).

⁷ A. Anzon, *La motivazione dei giudizi di ragionevolezza e la dissenting opinion*, in AA.VV., *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza della Corte Costituzionale. Riferimenti comparatistici*, Atti del seminario svoltosi a Roma, Palazzo della Consulta, 13-14 ottobre 1992, Milano, Giuffrè Editore, 1994, pp. 257-258.

⁸ G. Pino, *Diritti e interpretazione. Il ragionamento giuridico nello Stato Costituzionale*, cit., p. 212.

Proprio il ricorrere di tale ultimo ordine di valutazioni suggerisce un impiego del bilanciamento accurato e non privo di coordinate⁹. In particolare, un uso attento ed oculato di tale tecnica sembra richiedere ai giudici un adeguato sforzo argomentativo, che possa mettere in evidenza l'iter logico seguito nel pervenire alla soluzione del conflitto.

I.1. La rilevanza della motivazione nella risoluzione dei conflitti tra diritti fondamentali

La formulazione di una motivazione chiara, esplicita ed esauriente, in grado di spiegare le singole valutazioni compiute dai giudici costituzionali, è una componente essenziale dei giudizi di bilanciamento¹⁰. Infatti, la predisposizione di un'argomentazione congrua e coerente, oltre a porre in risalto le specifiche valutazioni effettuate dai giudici costituzionali, consente di conseguire ulteriori e non trascurabili benefici.

In primo luogo, tanto più il bilanciamento è adeguatamente argomentato, quanto più la decisione di una Corte Costituzionale o Suprema risulta essere convincente e persuasiva¹¹. In secondo luogo, la motivazione rappresenta lo strumento tramite il quale è possibile controllare, sia da parte dell'opinione pubblica, sia da parte del legislatore, il ragionamento svolto dai giudici nel pervenire ad una soluzione. La controllabilità può, a sua volta, dare vita ad un duplice ordine di conseguenze: da un lato, l'esito del controllo può coincidere con un apprezzamento positivo della soluzione presa e, dunque, rafforzare l'efficacia persuasiva di una pronuncia;

⁹ G. Pino, *Conflitto e bilanciamento tra diritti fondamentali. Una mappa dei problemi*, in *1 Ragion pratica*, giugno 2007, 219, p. 272.

¹⁰ R. Romboli, *Ragionevolezza, motivazione delle decisioni ed ampliamento del contraddittorio nei giudizi costituzionali*, in AA.VV., *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza della Corte Costituzionale. Riferimenti comparatistici*, Atti del seminario svoltosi a Roma, Palazzo della Consulta, 13-14 ottobre 1992, Milano, Giuffrè Editore, 1994, pp. 232-233. Si veda, altresì: E. Cheli, *Stato Costituzionale e ragionevolezza*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2011, pp. 33-35; N. Viceconte, *Proporzionalità e bilanciamento di interessi nelle decisioni delle Corti*, in G. Azzariti (a cura di), *Interpretazione costituzionale*, Torino, Giappichelli Editore, 2007, p. 216.

¹¹ L. Tria, *Brevi osservazioni sul bilanciamento nella giurisprudenza della Corte Costituzionale*, in G. Bronzini, R. Cosio, *Interpretazione conforme, bilanciamento dei diritti e clausole generali*, Milano, Giuffrè Editore, 2017, pp. 220-221.

dall'altro lato, il controllo può anche sfociare in critiche e contestazioni, talvolta aspre, dell'operato delle Corti costituzionali¹². In terzo luogo, una motivazione chiara, articolata ed esaustiva può comportare notevoli benefici per quanto concerne la prevedibilità delle decisioni; infatti, nel momento in cui una Corte si sforza di specificare, in maniera dettagliata, il percorso argomentativo seguito in una determinata controversia, allora risulta più semplice prevedere quale sarà l'iter logico che la medesima Corte seguirà nel prendere un'eventuale decisione futura¹³.

In sostanza, persuasività, controllabilità, facoltà di critica e prevedibilità, da un lato, rappresentano le apprezzabili conseguenze di una motivazione chiara ed esauriente e, dall'altro lato, sono le formule che consentono alla tecnica del bilanciamento di allontanarsi dal rischio di arbitrio e di soggettività e di dare vita a soluzioni condivise e comprensibili. La motivazione è, pertanto, ciò che rende giustificabile, sia nei confronti dell'opinione pubblica, sia nei riguardi del legislatore, la scelta per una soluzione piuttosto che un'altra. Tutto ciò comporta un'ulteriore conseguenza: più i giudizi di bilanciamento appaiono convincenti e persuasivi, più la Corte appare legittimata a compierli, e, dunque, legittimata a svolgere il ruolo che le è affidato all'interno dell'ordinamento di appartenenza.

La rilevanza delle argomentazioni fornite dai giudici costituzionali nei giudizi di bilanciamento sposta l'attenzione su di un ulteriore profilo: il riferimento è alla tecnica di redazione della motivazione. Infatti, al fine di evitare il rischio che un siffatto tipo di operazioni sfoci in arbitrio e risulti un'attività oscura e

¹² A. Morrone, *Il bilanciamento nello stato costituzionale. Teoria e prassi delle tecniche di giudizio nei conflitti tra diritti e interessi costituzionali*, cit., p. 116. Cfr. inoltre: L. Paladin, *Ragionevolezza (principio di)*, in *Enciclopedia del diritto*, Aggiornamento I, Milano, Giuffrè Editore, 1997, p. 911; C. Lavagna, *Ragionevolezza e legittimità costituzionale*, in *Studi in memoria di Carlo Esposito*, Vol. III, Padova, Cedam, 1973, pp. 1587-1588.

¹³ M. Luciani, *Lo spazio della ragionevolezza nel giudizio costituzionale*, in AA.VV., *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza della Corte Costituzionale. Riferimenti comparatistici*, Atti del seminario svoltosi a Roma, Palazzo della Consulta, 13-14 ottobre 1992, Milano, Giuffrè Editore, 1994, p. 249. Si veda altresì: A. Anzon, *Modi e tecniche del controllo di ragionevolezza*, in R. Romboli (a cura di), *La giustizia costituzionale a una svolta*, Atti del seminario di Pisa del 5 maggio 1990, Torino, Giappichelli Editore, 1991, pp. 36-37.

difficilmente intellegibile, è opportuno soffermarsi sulle eventuali tecniche interpretative mediante le quali è possibile pervenire ad una motivazione chiara, comprensibile e condivisa dai soggetti implicati in una determinata controversia. Nell'ottica del presente lavoro, assume particolare rilevanza il test di proporzionalità, vale a dire quello schema interpretativo, mediato dal principio di proporzionalità, che consente di gestire la risoluzione dei conflitti tra diritti fondamentali¹⁴.

Nei capitoli precedenti lo standard argomentativo della proporzionalità è stato preso in esame all'interno delle esperienze costituzionali di Canada, Italia e Stati Uniti; a questo punto della trattazione sembra opportuno analizzare gli aspetti positivi, fin qui solamente accennati, che l'impiego di tale schema interpretativo comporta. Con ciò non si vuole tuttavia sostenere, contrariamente a quanto affermato da alcuni autori in dottrina, che il test di proporzionalità costituisce il miglior modello in assoluto prospettabile¹⁵; nonostante l'assoluta centralità che oggi ha assunto nel panorama costituzionale globale, non sarebbe corretto enfatizzarne le qualità, fino al punto di ritenerlo una tecnica interpretativa perfetta. Questa categoria di valutazioni esula pertanto dallo spirito del presente lavoro.

Il prosieguo della trattazione si pone, in maniera più realistica, un duplice obiettivo: da un lato, mettere in evidenza i numerosi e rilevanti benefici connessi all'utilizzo, nell'ambito del controllo di costituzionalità delle leggi, del test di proporzionalità; dall'altro lato, prendere in considerazione le critiche avanzate da parte della dottrina nei confronti di suddetto standard argomentativo. A tale ultimo proposito, saranno forniti argomenti e considerazioni di segno contrario,

¹⁴ Per un approfondimento, si rinvia al Par. VI.2.4. del Capitolo I.

¹⁵ A. Stone Sweet, J. Mathews, *All Things in Proportion? American Rights Review and the Problem of Balancing*, in 60 *Emory Law Journal*, 2010-2011, 797, ove si afferma che lo standard argomentativo della proporzionalità rappresenta “*the best available procedure*” (p. 801). Si veda, altresì: M. Klatt, M. Meister, *Proportionality - a Benefit for Human Rights - Remarks on the I-CON Controversy*, in 10 *International Journal of Constitutional Law*, 2012, 687, p. 708; A. Barak, *Proportionality. Constitutional Rights and their Limitations*, Cambridge, Cambridge University Press, 2012, p. 458.

che possano auspicabilmente contribuire ad attenuare la portata e la persuasività delle contestazioni indirizzate al canone interpretativo della proporzionalità.

II. Benefici connessi all'utilizzo del test di proporzionalità

L'elaborazione, da parte di una Corte Costituzionale, di una propria versione del test di proporzionalità, come tecnica interpretativa impiegata per redigere la motivazione e pervenire ad una decisione condivisibile, comporta plurimi benefici. Quest'ultimi si rinvencono, sia sul piano della valutazione e della deliberazione, sia sul piano dell'argomentazione e della giustificabilità delle decisioni, sia infine sul piano della legittimazione della Corte medesima a risolvere i conflitti tra diritti fondamentali¹⁶.

In particolare, gli aspetti positivi possono riassumersi nelle seguenti espressioni: *structured analysis, transparency, flexibility e fact sensitivity, objectivity e neutrality, dialogue, international dialogue, access to justice*.

Prima di procedere oltre nella trattazione dei singoli elementi richiamati, è opportuno svolgere una considerazione preliminare: i benefici correlati all'utilizzo del test di proporzionalità saranno maggiormente apprezzabili nell'ipotesi in cui le singole fasi di cui esso si compone siano tenute ben distinte tra di loro¹⁷. Pertanto, è opportuno evitare la commistione tra le valutazioni proprie di una componente e quelle, invece, previste da un passaggio antecedente o successivo del test; infatti, ove ciò accadesse, sarebbe più difficile sostenere la bontà e l'utilità dell'impiego dello standard argomentativo della proporzionalità¹⁸.

¹⁶ M. Cartabia, *I principi di ragionevolezza e proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale italiana*, Roma, Palazzo della Consulta 24-26 ottobre 2013, Conferenza trilaterale delle Corti Costituzionali italiana, portoghese e spagnola, consultabile sul sito della Corte Costituzionale www.cortecostituzionale.it, p. 7.

¹⁷ Per quanto concerne l'opportunità di mantenere separate le singole fasi del test di proporzionalità, si rinvia ai Parr. VII.2., VIII.3. e IX.3. del Capitolo II, relativo all'esperienza canadese.

¹⁸ D. Grimm, *Proportionality in Canadian and German Constitutional Jurisprudence*, in *57 University of Toronto Law Journal*, 2007, 383, p. 397.

II.1. *Structured analysis*

La prima conseguenza, in termini di benefici, connessa all'utilizzo dello standard argomentativo della proporzionalità, può essere compresa attraverso la formula “*structured analysis*”. Tale espressione indica la possibilità, offerta dal test di proporzionalità, di scandire e di tenere distinte le singole valutazioni che i giudici costituzionali sono chiamati a compiere nei giudizi di bilanciamento¹⁹. In altre parole, lo schema interpretativo della proporzionalità consente di scomporre in più quesiti, la domanda relativa all'ammissibilità ed alla giustificabilità della limitazione di uno o più diritti fondamentali. Infatti, all'interrogativo “è possibile tollerare la parziale compressione di un diritto fondamentale?”, la risposta non è semplicemente positiva o negativa; infatti, l'impiego del test di proporzionalità produce una risposta articolata, generalmente suddivisa in quattro passaggi logici²⁰. In tal modo, in un primo momento il giudice è chiamato ad interrogarsi sull'obbiettivo perseguito dalla disposizione impugnata²¹; in un frangente successivo a porre l'attenzione sul rapporto mezzi fini²²; ed infine a valutare e soppesare gli effetti in concreto della disposizione impugnata²³.

Pertanto, l'approccio strutturato, che caratterizza lo schema interpretativo della proporzionalità, sembra rendere in parte più agevole il compito dei giudici, in quanto permette loro di pensare in modo analitico, di non saltare aspetti che debbono essere tenuti in debito conto e di collocare, all'interno del ragionamento,

¹⁹ V. C. Jackson, *Constitutional Law in an Age of Proportionality*, in 124 *Yale Law Journal*, 2014-2015, 3094, pp. 3142-4143. Si vedano, altresì: M. Klatt, M. Meister, *Proportionality - a Benefit for Human Rights - Remarks on the I-CON Controversy*, cit., p. 708; A. Stone Sweet, J. Mathews, *All Things in Proportion? American Rights Review and the Problem of Balancing*, cit., p. 804; A. Stone Sweet, J. Mathews, *Proportionality Balancing and Global Constitutionalism*, in 47 *Columbia Journal of Transnational Law*, 2008-2009, 72, p. 89.

²⁰ K. Möller, *Proportionality: Challenging the Critics*, in 10 *International Journal of Constitutional Law*, 2012, No. 3, 709, p. 727.

²¹ Fase della “legittimità”.

²² Fasi della “idoneità” e della “necessità”.

²³ Fase della “proporzionalità in senso stretto”.

ciascun elemento nella fase ad esso riservata²⁴. Ad esempio, nel primo passaggio del test il giudice dovrebbe concentrare l'attenzione esclusivamente sulle finalità attese dalla previsione impugnata e rimandare ad un momento successivo le valutazioni in merito alla strumento impiegato dal legislatore.

In sostanza, il test di proporzionalità indica al giudice il percorso logico argomentativo da seguire nel prendere una decisione; ciò, con l'ulteriore effetto di ottenere una motivazione formalmente corretta, ordinata e coerente²⁵.

II.2. *Transparency*

Un secondo effetto positivo, correlato all'utilizzo del test di proporzionalità e conseguenza di quanto osservato al paragrafo precedente, si rinviene in tema di trasparenza delle decisioni²⁶. Infatti, l'approccio strutturato che caratterizza tale tecnica interpretativa, consente di mettere in evidenza il percorso seguito nel prendere una decisione e, dunque, di spiegare in maniera chiara ed esplicita le ragioni che hanno portato ad una determinata soluzione del caso concreto.

Una motivazione trasparente produce, a sua volta, altri effetti di segno positivo²⁷. Innanzitutto, una decisione adeguatamente argomentata risulta essere molto più

²⁴ A. Barak, *Proportionality. Constitutional Rights and their Limitations*, cit., pp. 460-462. Cfr. anche: A. Barak, *Proportionality*, in M. Rosenfeld, A. Sajo, *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, Oxford (UK), Oxford University Press, 2012, p. 749.

²⁵ M. Cohen-Eliya, I. Porat, *Proportionality and Constitutional Culture*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013, p. 150.

²⁶ V. C. Jackson, *Ambivalent Resistance and Comparative Constitutionalism: Opening up the Conversation on "Proportionality", Rights and Federalism*, in 1 *Journal of Constitutional Law*, 2014, 583, p. 621. Si veda, altresì: M. Tushnet, *Advanced Introduction of Comparative Constitutional Law*, Cheltenham, United Kingdom, Edward Elgar Publishing, 2014, pp. 81-83; A. Corasaniti, *Considerazioni conclusive*, in AA.VV., *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza della Corte Costituzionale. Riferimenti comparatistici*, Atti del seminario svoltosi a Roma, Palazzo della Consulta, 13-14 ottobre 1992, Milano, Giuffrè Editore, 1994, p. 267; V. C. Jackson, *Constitutional Law in an Age of Proportionality*, cit., p. 3142; V. C. Jackson, *Being Proportional about Proportionality*, in 21 *Constitutional Commentary*, 2004, 803, p. 831; A. Stone Sweet, J. Mathews, *Proportionality Balancing and Global Constitutionalism*, cit., pp. 96-97;

²⁷ Sull'importanza della motivazione e sugli effetti positivi connessi ad una decisione congruamente motivata, si veda *supra* Par. I.1.

comprensibile per i soggetti coinvolti, dal momento che è più agevolmente possibile capire lo schema logico e argomentativo seguito dai giudici; una volta compresa, poi, la pronuncia medesima potrà essere condivisa e apprezzata o, viceversa, criticata, anche in maniera decisa. In ogni caso, a prescindere dall'eventualità in cui la decisione venga contestata, una motivazione trasparente consente, sia di accrescere l'efficacia persuasiva di una pronuncia, sia di aumentare la fiducia nell'attività svolta dalla Corte Costituzionale nella risoluzione dei conflitti tra diritti fondamentali²⁸.

II.3. *Flexibility e fact sensitivity*

Le espressioni *flexibility* e *fact sensitivity* sottolineano un terzo pregio dello standard argomentativo della proporzionalità.

Il test di proporzionalità, lungi dal rappresentare una tecnica interpretativa rigida ed astratta, consente di tenere in adeguata considerazione le circostanze specifiche del caso concreto²⁹. In particolare, nella risoluzione di un conflitto, le valutazioni, in merito a quale diritto debba trovare maggiore soddisfazione, sono prese tenendo in debito conto le caratteristiche della fattispecie sottoposta all'esame di una Corte Costituzionale e non tramite affermazioni di principio su di una presunta maggiore rilevanza di un interesse rispetto ad un altro. Così, ad esempio, ad un diritto astrattamente considerato potrà essere attribuito un peso diverso a seconda del contesto in cui viene in rilievo ed in ragione dei differenti interessi ad esso contrapposti³⁰.

²⁸ A. Barak, *Proportionality. Constitutional Rights and their Limitations*, cit., p. 463. Cfr. anche A. Barak, *Proportionality*, cit., p. 749.

²⁹ V. Perju, *Proportionality and Freedom: an Essay on Method in Constitutional Law*, in 1 *Journal of Global Constitutionalism*, 2012, p. 350. Si veda, altresì: V. C. Jackson, *Ambivalent Resistance and Comparative Constitutionalism: Opening up the Conversation on "Proportionality"*, *Rights and Federalism*, cit., p. 617.

³⁰ V. C. Jackson, *Proportionality and equality*, in V. C. Jackson, M. Tushnet, *Proportionality: New Frontiers, New Challenges*, Cambridge, Cambridge University Press, 2017, pp. 178-179. Cfr. anche A. Stone Sweet, J. Mathews, *Proportionality Balancing and Global Constitutionalism*, cit., p. 88.

Quanto osservato consente di svolgere ulteriori riflessioni: in primo luogo, la tecnica interpretativa della proporzionalità rappresenta uno strumento sensibile all'esperienza reale, attraverso il cui impiego si inserisce un apprezzabile grado di elasticità nella valutazioni riservate ai giudici costituzionali³¹. In secondo luogo, la flessibilità è la diretta conseguenza dell'importanza attribuita nei giudizi di bilanciamento alle circostanze di fatto ed alle peculiarità del caso concreto sottoposto all'esame dei giudici³². Peraltro, all'interno del test di proporzionalità, elasticità e rilevanza della situazione concreta si apprezzano specialmente con la quarta componente del test, vale a dire la proporzionalità in senso stretto, ove l'attenzione del giudice è rivolta agli effetti della previsione impugnata ed alle specifiche caratteristiche della fattispecie sottoposta al suo controllo.

II.4. Objectivity e neutrality

I termini *objectivity* e *neutrality* indicano un'ulteriore qualità che contraddistingue il test di proporzionalità. Si tenga presente, infatti, che tale standard argomentativo fornisce solamente uno schema logico-interpretativo, che i giudici possono seguire ed applicare nel prendere una decisione; infatti, la struttura del test di proporzionalità non contempla né giudizi di merito, né valutazioni sostanziali inerenti la maggiore rilevanza di alcuni interessi rispetto ad altri. Questo ordine di considerazioni spetterà al giudice nel caso concreto, qualora decida di impiegare il

³¹ A. Stone Sweet, J. Mathews, *All Things in Proportion? American Rights Review and the Problem of Balancing*, cit., pp. 806-807.

³² G. Pino, *Diritti e interpretazione. Il ragionamento giuridico nello Stato Costituzionale*, cit., p. 215. Per quanto concerne la rilevanza del caso concreto nei giudizi di bilanciamento dei diritti fondamentali, si veda altresì: G. Zagrebelsky, *Diritto per: valori, principi o regole. (A proposito della dottrina dei principi di Ronald Dworkin)*, in 31 *Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, tomo II, 2002, 865, pp. 894-896; G. Maniaci, *Razionalità e bilanciamento tra principi del diritto: un inventario, un'intuizione, una proposta*, in 2 *Ragion pratica*, dicembre 2005, 335, pp. 342-344; L. Paladin, *Esiste un principio di ragionevolezza nella giurisprudenza costituzionale*, in AA.VV., *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza della Corte Costituzionale. Riferimenti comparatistici*, Atti del seminario svoltosi a Roma, Palazzo della Consulta, 13-14 ottobre 1992, Milano, Giuffrè Editore, 1994, p. 164.

test di proporzionalità, che - si ripete - fornisce solamente il metodo e lo strumento per giungere ad una soluzione³³.

Pertanto, a priori, il test di proporzionalità tratta tutti i diritti fondamentali con eguale rispetto, ponendoli sullo stesso piano; sono poi le specifiche e mutevoli circostanze del caso concreto, che ne determinano una diversa rilevanza ed attribuiscono un peso maggiore ad alcuni di essi rispetto ad altri. Proprio il fatto che in via preventiva non viene attribuita preferenza ad alcuni interessi, consente di apprezzare il modello argomentativo della proporzionalità anche per la comprovata neutralità ed oggettività³⁴. L'imparzialità, dunque, si ricava da un duplice ordine di considerazioni: da un lato, il test di proporzionalità non precostituisce posizioni di favore per alcuni diritti nei confronti di altri; dall'altro lato e conseguentemente, esso mostra eguale considerazione per gli interessi di tutte le parti coinvolte in una determinata decisione.

II.5. Dialogue

L'impiego del test di proporzionalità da parte di una Corte Costituzionale favorisce un più proficuo dialogo tra la Corte medesima ed il legislatore³⁵. Infatti, così come la trasparenza delle argomentazioni svolte dai giudici consente all'opinione pubblica di meglio comprendere la decisione di una controversia, in senso analogo una motivazione chiara ed accessibile permette al legislatore di capire le ragioni che hanno fatto propendere la Corte Costituzionale per una determinata soluzione. In particolare, nel caso di una pronuncia di incostituzionalità, l'utilizzo del test di proporzionalità può aiutare il legislatore a capire ove la disposizione impugnata risulta carente e, in quanto tale, meritevole

³³ M. Cohen-Eliya, I. Porat, *The Hidden Foreign Law Debate in Heller: The Proportionality Approach in American Constitutional Law*, in 46 *San Diego Law Review*, 2009, 367, p. 382.

³⁴ Beatty D. M., *The Ultimate Rule of Law*, Oxford, Oxford University Press, 2004, pp. 161-164. Si veda, altresì: V. Perju, *Proportionality and Freedom: an Essay on Method in Constitutional Law*, cit., pp. 338-339 e p. 359; A. Stone Sweet, J. Mathews, *Proportionality Balancing and Global Constitutionalism*, cit., p. 88; M. Tushnet, *Advanced Introduction of Comparative Constitutional Law*, cit., pp. 74-76.

³⁵ A. Barak, *Proportionality*, cit., p. 749.

di essere dichiarata costituzionalmente illegittima. Ad esempio, attraverso l'impiego dello standard argomentativo della proporzionalità, è possibile comprendere se la previsione legislativa persegue una finalità non tollerata dall'ordinamento, ovvero se non dispone un ragionevole rapporto mezzi-fini, ovvero ancora se difetta sul piano degli effetti in concreto. In tal modo, il legislatore può intervenire sulla disposizione, per correggerne appunto gli aspetti che secondo i giudici costituzionali non soddisfano il test di proporzionalità, in modo tale da superare positivamente un eventuale controllo futuro. In tale contesto, sembra pertanto instaurarsi un rapporto di tipo dialogico tra la Corte Costituzionale ed il legislatore, il quale, una volta preso atto dei propri errori, segue le indicazioni fornite dalla Corte nei propri interventi successivi³⁶.

Peraltro, il dialogo tra giudici costituzionali e legislatore può essere apprezzato non solo nel momento in cui la Corte Costituzionale, all'esito del controllo ad essa demandato, dichiara incostituzionale una disposizione, ma anche, in via preventiva, quando il legislatore è chiamato ad introdurre nell'ordinamento una disposizione legislativa; dunque, non solo nel momento della "patologia", ma anche all'atto di formazione di una determinata previsione legislativa. Infatti, l'impiego del test di proporzionalità da parte dei giudici costituzionali consente una maggiore "*participatory deliberation*"³⁷, nel senso che il legislatore, consapevole che un eventuale e successivo controllo ad opera della Corte Costituzionale sarà effettuato mediante l'utilizzo di tale tecnica interpretativa, presterà maggior attenzione a far sì che la disposizione legislativa possa integrare i requisiti previsti dallo standard argomentativo della proporzionalità³⁸.

In sostanza, l'impiego del test di proporzionalità permette l'instaurazione di un proficuo rapporto dialogico e collaborativo tra l'autorità giurisdizionale ed il

³⁶ A. Barak, *Proportionality. Constitutional Rights and their Limitations*, cit., p. 466.

³⁷ V. C. Jackson, *Constitutional Law in an Age of Proportionality*, cit., p. 3144.

³⁸ Si veda, al riguardo, M. Kumm, *The Idea of Socratic Contestation and the Right to Justification: The Point of Rights based Proportionality Review*, in *4 Law & Ethics of Human Rights*, 2010, 140, ove l'autore afferma che l'impiego della tecnica interpretativa della proporzionalità può avere "*the disciplining effect on public authorities and help foster an attitude of civilian confidence among citizens*" (p. 163).

potere legislativo, che si rinviene, sia al momento della predisposizione della misura legislativa, sia qualora il sindacato di costituzionalità abbia dato esiti negativi, imponendo in tal modo al legislatore di intervenire nuovamente.

II.6. *International dialogue*

Il tema del dialogo viene in rilievo, non solo come rapporto collaborativo che si instaura in un ordinamento tra potere legislativo e giudici costituzionali, ma anche come relazione che viene a crearsi, a livello internazionale, fra le diverse Corti costituzionali e supreme. A tal proposito, il test di proporzionalità rappresenta uno strumento che contribuisce alla realizzazione di un “*international dialogue on human rights questions*”³⁹ e che consente, altresì, ad una Corte Costituzionale di entrare a far parte di una “*global community of courts*”⁴⁰.

Si tenga presente, infatti, che la proporzionalità rappresenta uno standard argomentativo impiegato a livello globale da un numero molto elevato di Corti costituzionali e supreme⁴¹; pertanto, molte Corti condividono, con le opportune differenze dovute alle diverse versioni elaborate, l'utilizzo di una tecnica interpretativa comune per la risoluzione delle controversie inerenti i diritti fondamentali. In tale contesto, nel prendere una decisione, i giudici costituzionali, appartenenti ad ordinamenti diversi, sono abituati a seguire un medesimo percorso argomentativo, articolato generalmente in tre o quattro passaggi; così le valutazioni si concentrano, in linea di principio, sulle finalità attese dalla disposizione impugnata, sul rapporto mezzi-fini e sugli effetti in concreto della previsione legislativa censurata.

Dunque, il ricorso alla tecnica argomentativa della proporzionalità da parte di molte Corti costituzionali contribuisce, insieme ad altri fattori, ad incrementare il

³⁹ C. L'Heureux-Dubé, *From Many Different Stones: A House of Justice*, in 41 *Alberta Law Review*, 2003, 659, pp. 667-668.

⁴⁰ A. Slaughter, *A Global Community of Courts*, in 44 *Harvard International Law Journal*, 2003, 191, pp. 193-194.

⁴¹ Si rinvia al Par. IV. del Capitolo I.

dialogo e la collaborazione tra le medesime; il fatto che più Corti costituzionali “parlino la stessa lingua”, inevitabilmente favorisce il dibattito e la collaborazione tra le medesime⁴². Ciò produce l’ulteriore conseguenza che una Corte Costituzionale sarà più incentivata a volgere il proprio sguardo al di fuori dei confini nazionali ed a prendere in considerazione le soluzioni fatte proprie da quelle Corti con cui condivide l’utilizzo di uno schema argomentativo. Di conseguenza, l’impiego del test di proporzionalità da parte di un numero elevato di Corti contribuisce anche ad un maggior utilizzo della comparazione, quale strumento di interpretazione, incentivando il dialogo, cd “orizzontale”, tra giudici costituzionali di diversi ordinamenti.

In sostanza, lo standard argomentativo della proporzionalità “*is successful at creating a common language of global constitutional law*”⁴³, il cui utilizzo contribuisce a rafforzare i rapporti tra Corti costituzionali e supreme e, conseguentemente, a sviluppare una relazione collaborativa e dialogica tra le medesime.

A conferma di quanto sin qui rilevato, si rifletta su quanto osservato con riferimento all’esperienza costituzionale statunitense, laddove è stata posta in risalto la condizione di isolamento, in cui si è trovata, almeno fino a pochi anni fa, la Corte Suprema⁴⁴. La scarsa propensione all’utilizzo della comparazione giuridica, unitamente all’impiego di un modello molto distante dallo standard argomentativo della proporzionalità, hanno infatti contribuito a porre la Corte Suprema in una posizione defilata nel panorama costituzionale globale. Qualora la Corte Suprema optasse, in futuro, per un maggior utilizzo del test di proporzionalità, sulla scia di quanto avvenuto in recenti decisioni, potrebbe molto più agevolmente instaurare relazioni di tipo dialogico e collaborativo con altre

⁴² M. Cohen-Eliya, I. Porat, *Proportionality and Constitutional Culture*, cit., pp. 134-135 e p. 138. Cfr. Anche M. Cohen-Eliya, I. Porat, *The Hidden Foreign Law Debate in Heller: The Proportionality Approach in American Constitutional Law*, cit., p. 382.

⁴³ M. Cohen-Eliya, I. Porat, *Proportionality and the Culture of Justification*, in 59 *American Journal of Comparative Law*, 2011, 463, p. 466. Si veda, altresì, M. Klatt, M. Meister, *Proportionality - a Benefit for Human Rights - Remarks on the I-CON Controversy*, cit., p. 708.

⁴⁴ Si rinvia al Par. III.1.2. del Capitolo IV.

Corti costituzionali, abbandonando in tal modo la posizione di tendenziale chiusura che ne ha caratterizzato l'operato fino ad oggi⁴⁵. Ciò, avrebbe l'ulteriore effetto di veder accrescere l'impatto e la rilevanza delle sue decisioni anche al di fuori dei confini americani⁴⁶.

II.7. Access to justice

Il nesso tra l'impiego della tecnica interpretativa della proporzionalità da parte di una Corte Costituzionale ed il tema dell'accesso alla giustizia, potrebbe non risultare facilmente intuibile a prima vista⁴⁷.

È necessario, pertanto, svolgere alcune considerazioni introduttive. Si pensi a quanto osservato in precedenza in merito ai benefici, in termini di trasparenza delle decisioni, che è possibile conseguire attraverso l'utilizzo del test di proporzionalità. È stato, altresì, rilevato che una motivazione chiara e trasparente permette di ottenere una decisione maggiormente comprensibile, condivisa e persuasiva⁴⁸. In tal modo, risulta più semplice, sia per i soggetti coinvolti in una determinata pronuncia, sia per l'opinione pubblica in generale, capire il percorso logico-interpretativo seguito dai giudici nel pervenire ad una certa soluzione. Di conseguenza, le censure, eventualmente rivolte nei confronti di una decisione, atterranno prevalentemente al merito della controversia e tendenzialmente non riguarderanno la correttezza e la chiarezza del ragionamento svolto dai giudici.

In tale contesto, sembra crescere la fiducia nel ruolo attribuito alla giustizia costituzionale e, conseguentemente, aumentare la legittimazione delle Corti nel decidere le controversie inerenti i diritti fondamentali. Infatti, se diventano più agevolmente comprensibili le modalità tramite cui i giudici pervengono ad una

⁴⁵ V. C. Jackson, *Ambivalent Resistance and Comparative Constitutionalism: Opening up the Conversation on "Proportionality", Rights and Federalism*, cit., p. 623.

⁴⁶ M. Cohen-Eliya, I. Porat, *Proportionality and Constitutional Culture*, cit., p. 157.

⁴⁷ Il tema è stato brillantemente affrontato dalla Prof.ssa Sarah K. Harding (Università Chicago-Kent College of Law), in occasione di una lezione, tenutasi il giorno 9 aprile 2018 presso l'Università degli Studi di Firenze, dal titolo "*Access to justice and Judicial Methodology*".

⁴⁸ Si veda *supra* Par. II.2.

decisione e se, in sostanza, diventa possibile capire come essi in concreto ragionano, allora può ridursi la distanza, talvolta assai ampia, tra la magistratura costituzionale e la società civile. Così facendo, dovrebbe crescere la fiducia nella capacità delle Corti costituzionali di prendere decisioni eque, corrette e rispondenti al senso comune di giustizia⁴⁹.

Se tutto ciò è vero, si comprende anche il rapporto che sussiste tra l'impiego della tecnica argomentativa della proporzionalità e il tema dell'accesso alla giustizia, quest'ultimo inteso come facoltà di comparire davanti ad una autorità giurisdizionale. Infatti, a fronte di una netta valorizzazione del ruolo della Corte ed in virtù del maggiore affidamento nell'attività da essa svolta, gli individui saranno più incentivati a fare ricorso all'operato dei giudici. Si avranno, pertanto, effetti positivi anche con riferimento all'accesso alla giustizia, nel senso che si potrà assistere ad un tendenziale aumento delle occasioni in cui le Corti costituzionali saranno chiamate a pronunciarsi.

* * *

Nei paragrafi precedenti, sono stati posti in evidenza i benefici che ragionevolmente è possibile poter conseguire qualora una Corte Costituzionale opti per la predisposizione di una propria versione del test di proporzionalità. Si tratta, a ben vedere, di aspetti positivi, il cui concreto raggiungimento dipenderà anche dalle caratteristiche e dalle specificità delle singole giurisdizioni. L'idea di fondo è che l'utilizzo del test di proporzionalità possa comportare numerosi effetti, in termini di benefici; ovviamente, però, non è possibile stabilire a priori e senza tenere in adeguata considerazione le peculiarità di ciascun ordinamento, quale sarà il grado di soddisfazione di ciascuno degli elementi positivi descritti in precedenza. Infatti, è opportuno esaminare l'attività quotidiana di una Corte Costituzionale per verificare se realmente ed in quale misura l'utilizzo dello standard argomentativo della proporzionalità, possa contribuire a conseguire i benefici tratteggiati.

⁴⁹ V. C. Jackson, *Constitutional Law in an Age of Proportionality*, cit., p. 3142.

III. Profili problematici

Il test di proporzionalità, oltre ad essere apprezzato per i numerosi benefici che ragionevolmente comporta, è stato al tempo stesso aspramente criticato, sia da una parte della dottrina, sia ad opera di alcuni giudici costituzionali. In particolare, le principali obiezioni all'utilizzo di tale tecnica argomentativa sono state formulate nei confronti della quarta componente del test, la proporzionalità in senso stretto, e possono riassumersi nelle seguenti formule: *incommensurability*, *insufficient protection*, *arbitrariness* e *subjectivity*, *counter majoritarian problem*.

Nel prosieguo della trattazione saranno presi in considerazione i suddetti profili problematici, con un duplice obiettivo: esaminarne il contenuto e cercare di fornire argomenti di segno contrario che possano contribuire ad attenuare la portata di tali criticità. In particolare, fra quest'ultime, sarà attribuita ampia rilevanza al tema della legittimazione delle Corti costituzionali a svolgere il sindacato di costituzionalità attraverso l'impiego della tecnica interpretativa della proporzionalità.

III.1. *Incommensurability*

L'espressione *incommensurability* allude ad un profilo problematico che riguarda la quarta fase del test di proporzionalità: la proporzionalità in senso stretto⁵⁰. In particolare, con tale componente, sarebbero messi a confronto e soppesati beni ed interessi tra di loro non misurabili e, dunque, non confrontabili; infatti, affinché due o più interessi possano essere bilanciati in concreto, è opportuno - sostiene la critica - individuare un comune denominatore, che possa fungere da unità di

⁵⁰ Si veda S. Tsakyrakis, *Proportionality: An Assault on Human Rights?*, in 7 *International Journal of Constitutional Law*, 2010, 468, pp. 471-475. Cfr. anche: V. A. Da Silvia, *Comparing the Incommensurable: Constitutional Principles, Balancing and Rational Decision*, in 31 *Oxford Journal of Legal Studies*, 2011, 273; N. Petersen, *How To compare the Length of Lines to the Weight of Stones: Balancing and the Resolution of Value Conflicts in Constitutional Law*, in 14 *German Law Journal*, 2013, 1387, pp. 1394-1395; A. L. Bendor, T. Sela, *How Proportional is Proportionality?*, in 13 *International Journal of Constitutional Law*, 2015, No. 2, 530, pp. 540-544.

misura nel decidere quale dei diritti in gioco debba trovare maggiore soddisfazione e quale, invece, risultare recessivo⁵¹. In tale prospettiva, le valutazioni previste dall'ultimo passaggio del test di proporzionalità, finirebbero per coincidere con le mere preferenze dei giudici, senza alcuna garanzia per le parti coinvolte in una determinata controversia.

La critica, relativa alla presunta impossibilità di porre a confronto beni tra di loro non paragonabili, non risulta essere particolarmente persuasiva e convincente: essa, infatti, muove dall'assunto che l'attività di soppesare beni ed interessi costituzionalmente rilevanti sia un'operazione di tipo matematico⁵². Se si abbandona questa premessa, risulta possibile individuare anche un comune denominatore, che diventi una valida base per raffrontare e soppesare i diritti fondamentali implicati in una situazione specifica. Pertanto, il comune denominatore non potrà essere inteso in senso meccanico, né potrà essere un'unità di misura quantitativa; al contrario, esso è rappresentato dall'importanza sociale del raggiungimento di un determinato obiettivo e dalla rilevanza sociale di prevenire la limitazione di uno o più diritti fondamentali⁵³.

Se si segue questa impostazione, non risultano più efficaci e condivisibili le critiche avanzate nei confronti della quarta componente del test di proporzionalità, inerenti la presunta assenza di un comune denominatore che possa atteggiarsi come criterio orientativo delle valutazioni effettuate dai giudici, per confrontare beni ed interessi costituzionalmente rilevanti.

⁵¹ Si veda l'opinione concorrente del giudice Scalia, nel caso, *Bendix Autolite Corp. v. Midwesco Enterprises, Inc.*, 486 U.S. 888, (1988), ove si afferma che soppesare diritti ed interessi è operazione sostanzialmente analoga a decidere “*whether a particular line is longer than a particular rock is heavy*” (p. 897).

⁵² V. C. Jackson, *Constitutional Law in an Age of Proportionality*, cit., pp. 3156-3157. Si veda, inoltre, A. Stone Sweet, J. Mathews, *Proportionality Balancing and Global Constitutionalism*, cit., p. 88.

⁵³ A. Barak, *Proportionality*, cit., p. 750. Si veda, inoltre: A. Barak, *Proportionality. Constitutional Rights and their Limitations*, cit., pp. 483-484.

III.2. *Insufficient protection*

Talvolta è stato sostenuto in dottrina che il test di proporzionalità garantirebbe una minore protezione ai diritti fondamentali coinvolti in una determinata decisione rispetto ad altri modelli, come ad esempio il cd. *two-tier system*, tradizionalmente impiegato dalla Corte Suprema degli Stati Uniti⁵⁴.

A prescindere dalle affermazioni di principio, sembra possibile fornire una risposta tripartita all'obiezione circa la presunta incapacità dello standard argomentativo della proporzionalità a fornire adeguata garanzia ai diritti fondamentali.

In primo luogo, si rifletta su quanto rilevato in precedenza in merito all'oggettività ed alla neutralità di tale schema interpretativo: il punto di partenza è costituito da una situazione di eguale protezione di tutti i diritti fondamentali, senza la previa individuazione di posizione di favore per alcuni rispetto ad altri⁵⁵.

In secondo luogo, il test di proporzionalità sembra mostrare particolare rispetto per i diritti coinvolti in una determinata controversia, dal momento che pone una duplice condizione per poter tollerare una loro interferenza: da un lato, è necessario verificare la sussistenza di un interesse contrapposto costituzionalmente rilevante e legittimo; dall'altro lato, anche al ricorrere di tale requisito, la limitazione deve avvenire solamente se strettamente necessaria e in misura tale da non arrecare un sacrificio eccessivo ai diritti fondamentali⁵⁶.

In terzo luogo, il test di proporzionalità, lungi dal rappresentare uno schema ermeneutico rigido, consente di tenere in particolare considerazione la natura dei

⁵⁴ A tal proposito, si rinvia al Par. IV del Capitolo IV. Per quanto concerne la critica, si veda A. Barak, *Proportionality. Constitutional Rights and Their Limitations*, cit., pp. 488-489, il quale richiama numerosi autori e molteplici opere.

⁵⁵ Si veda *supra* Par. II.4.

⁵⁶ V. C. Jackson, *Proportionality and equality*, cit., p. 175. Si veda, altresì, A. Stone Sweet, J. Mathews, *All Things in Proportion? American Rights Review and the Problem of Balancing*, cit., pp. 807-808.

diritti coinvolti in un determinata controversia e, dunque, di graduare la tutela loro fornita. Infatti, è possibile conciliare l'impiego di tale standard argomentativo con l'esigenza di garantire una protezione maggiore a quei diritti ritenuti particolarmente rilevanti⁵⁷; in particolare, ciò potrà avvenire con la quarta componente del test, nel momento in cui una Corte Costituzionale è chiamata a raffrontare e soppesare i vari beni ed interessi implicati in un caso concreto. Nel fare ciò, da un lato sarà assegnato in via preventiva un peso maggiore ai diritti considerati più importanti rispetto ad altri; dall'altro lato, saranno richieste ragioni cogenti ed effetti concreti, comprovati e rilevanti, per poter giustificare una loro limitazione⁵⁸.

In sostanza, le riflessioni svolte non consentono di condividere l'affermazione secondo cui il test di proporzionalità non è in grado di offrire adeguata tutela ai diritti fondamentali, di volta in volta implicati in una controversia.

III.3. *Arbitrariness e subjectivity*

Il test di proporzionalità rappresenta una tecnica di redazione della motivazione, impiegata per provare ad arginare il rischio che i giudizi di risoluzione dei conflitti tra diritti fondamentali possano dare vita a valutazioni soggettive e sfociare così in attività palesemente arbitrarie. Ciò premesso, resta il fatto che il giudizio di bilanciamento presenta un carattere fortemente valutativo che, in nessun modo, può essere eliminato. È proprio la componente valutativa di tali attività che ha suscitato critiche da parte di coloro che sostengono che il test di proporzionalità - ed in particolare la quarta componente - attribuisce al giudice un'eccessiva discrezionalità⁵⁹.

⁵⁷ J. Rivers, *Proportionality and Variable Intensity of Review*, in 65 *Cambridge Law Journal*, 2006, 174, pp. 177-182 e pp. 206-207. Si veda, altresì, S. Gardbaum, *The Myth and the Reality of American Constitutional Exceptionalism*, in 107 *Michigan Law Review*, 2008, 391, pp. 418-419.

⁵⁸ Considerazioni sostanzialmente analoghe sono state svolte al Par. VII.2. del Capitolo IV, relativo all'esperienza costituzionale statunitense.

⁵⁹ Ad esempio, si veda: M. Nimmer, *The Right to Speak from Time to Time: First Amendment Theory Applied to Libel and Misapplied to Privacy*, in 56 *California Law Review*, 1968, No. 4,

A tale obiezione, che almeno in teoria risulta essere condivisibile, dal momento che il giudice è tenuto a compiere anche valutazioni di carattere morale e soggettivo nella risoluzione dei conflitti tra diritti fondamentali⁶⁰, si può rispondere mediante un duplice ordine di considerazioni.

Innanzitutto, la formalizzazione delle singole valutazioni effettuate da una Corte Costituzionale dovrebbe attenuare la portata di tali affermazioni. Infatti, attraverso l'utilizzo del test di proporzionalità, l'attività di bilanciamento non risulta un'operazione oscura, all'esito della quale si ha un risultato senza conoscere i singoli passaggi argomentativi seguiti dal giudice; viceversa, mediante la motivazione, è possibile ricostruire il percorso logico-interpretativo impiegato nel prendere una decisione. Pertanto, il rischio di pronunce arbitrarie e soggettive è molto meno elevato nell'ipotesi in cui, mediante l'utilizzo dello standard argomentativo della proporzionalità, si sia in presenza di una motivazione chiara e trasparente e, in quanto tale, facilmente controllabile e criticabile⁶¹. Insomma, la trasparenza delle argomentazioni sembra ridurre il rischio di decisioni arbitrarie.

In secondo luogo, si prendano in considerazione le eventuali alternative al test di proporzionalità e, fra quest'ultime, si rifletta sul modello originario statunitense, il c.d. *two-tier system* (o *categorical approach*). Fra le molteplici criticità che il sistema americano presenta, sono ricomprese anche l'incertezza e l'arbitrarietà⁶². Infatti, l'individuazione a priori di categorie astratte di diritti, cui corrispondono differenti livelli di controllo, sembra un'operazione in parte misteriosa, non trasparente, orientata anche dalle opinioni e dalle preferenze dei giudici che in un determinato periodo storico compongono la Corte Suprema. Se tutto ciò corrisponde alla realtà, allora si comprende come il rischio di arbitrio sia molto più accentuato qualora una Corte adotti il *categorical approach*, rispetto all'eventualità in cui essa opti per l'utilizzo della tecnica interpretativa della

935, p. 939; M. Tushnet, *Anti-Formalism in Recent Constitutional Theory*, in 83 *Michigan Law Review*, 1985, 1502, p. 1508.

⁶⁰ Al riguardo, si veda *supra* Par. I.

⁶¹ V. Perju, *Proportionality and Freedom: an Essay on Method in Constitutional Law*, cit., p. 352.

⁶² Si rinvia al Par. V.1. del Capitolo IV.

proporzionalità. In altri termini, se si teme il test di proporzionalità, in quanto le decisioni prese facendo riferimento a tale schema interpretativo sarebbero il risultato della opinioni personali e dell'arbitrio dei giudici, allora a maggior ragione si dovrebbe diffidare di un modello, quale quello americano, incentrato sulla individuazione di soluzioni in maniera poco trasparente e, dunque, difficilmente comprensibile per l'opinione pubblica⁶³.

In sostanza, anche l'obiezione avanzata nei confronti del test di proporzionalità, in quanto tecnica argomentativa che consente una gestione arbitraria del conflitto tra diritti fondamentali, non sembra particolarmente convincente; alcuni aspetti problematici sono presenti, ma tali considerazioni possono essere estese, anche con maggior vigore, ai modelli alternativi o, quanto meno, all'altra tecnica analizzata nel presente lavoro, il c.d. *two-tier system*.

III.4. *Counter majoritarian problem*

La formula *counter majoritarian problem* indica un profilo critico che è stato rilevato, sia nei confronti della tecnica argomentativa della proporzionalità, sia, più in generale, nei riguardi dell'idea stessa di controllo di costituzionalità delle leggi. La tematica riguarda la legittimazione delle Corti costituzionali a sindacare scelte compiute dal legislatore ed, in particolare, la legittimazione a compiere valutazioni che si pongono al confine tra il merito e la legittimità costituzionale⁶⁴.

L'obiezione, che può riassumersi nell'espressione: "*we did not elect you, so why should we listen to you*"⁶⁵, riguarda l'assenza di una legittimazione democratica delle Corti costituzionali nel sindacare gli atti legislativi⁶⁶. Con riferimento

⁶³ A. Barak, *Proportionality. Constitutional Rights and their Limitations*, cit., pp. 487-488. Si veda, inoltre, A. Barak, *Proportionality*, cit., p. 750.

⁶⁴ A tal proposito, si veda *supra* Par. I.. Si veda, inoltre: L. Paladin, *Ragionevolezza (principio di)*, cit., p. 908; A. M. Sandulli, *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza costituzionale*, in *Diritto e società*, 1975, 561, p. 575.

⁶⁵ D. Law, *Generic Constitutional Law*, in 89 *Minnesota Law Review*, 2005, 652, p. 681.

⁶⁶ La dottrina sul tema è molto ampia. Si veda, ad esempio, T. A. Aleinikoff, *Constitutional Law in the Age of Balancing*, in 96 *Yale Law Journal*, 1987, No. 5, 943, pp. 984. Cfr. anche: M. Nimmer,

all'utilizzo del test di proporzionalità, inoltre, il pericolo è che il giudice costituzionale finisca col prendere il posto del legislatore e, dunque, tenda a sostituire le proprie considerazioni con le valutazioni effettuate da un organo democraticamente eletto. Tutto ciò, con l'ulteriore rischio, per i giudici, di veder censurate le proprie statuizioni, proprio in virtù del fatto che essi non possono contare sull'ampio consenso derivante da un'elezione democratica.

A tale critica è possibile fornire una risposta articolata. Da un lato, infatti, si individuano tre motivi che possono contribuire a smorzare la portata dell'obiezione *counter majoritarian* e rappresentare valide fonti di legittimazione; dall'altro lato, il tema richiede di svolgere alcune riflessioni, di carattere generale, in merito alla relazione intercorrente, nell'attuale Stato Costituzionale, tra il legislatore ed i giudici costituzionali.

III.4.1. Le fonti della legittimazione

Il primo argomento, di segno contrario alla critica in esame, è - se si vuole - abbastanza semplice ed intuitivo; infatti, in un ordinamento, ove la Costituzione riconosce la superiorità del documento costituzionale rispetto alle leggi ordinarie ed espressamente prevede il controllo di costituzionalità delle leggi, la fonte di legittimazione dell'operato della Corte Costituzionale è rappresentata dal documento costituzionale medesimo⁶⁷. Dunque, partendo dal presupposto della superiorità della carta costituzionale, un giudice può rispondere all'accusa di essere sprovvisto di legittimazione democratica, nel valutare gli atti legislativi,

The Right to Speak from Time to Time: First Amendment Theory Applied to Libel and Misapplied to Privacy, cit., p. 947; L. B. Frantz, *The First Amendment in the Balance*, in 71 *Yale Law Journal*, 1962, 1424, p. 1443; B. Neuborne, *Notes for a Theory of Constrained Balancing in First Amendment Cases: An Essay in Honor of Tom Emerson*, in 38 *Case Western Reserve Law Review*, 1988, 576, p. 578; P. M. McFadden, *The Balancing Test*, in 29 *Boston College Law Review*, 1988, 585, pp. 641-642.

⁶⁷ G. Huscroft, *A Constitutional "Work in Progress"? The Charter and the Limits of Progressive Interpretation*, in 23 *Supreme Court Law Review*, 2004, 413, pp. 425-426. Cfr. anche A. Stone Sweet, J. Mathews, *Proportionality Balancing and Global Constitutionalism*, cit., pp. 92-93.

con un'affermazione estremamente concisa ed efficace: “*don't blame me. The Constitution made me do it*”⁶⁸.

L'idea di fondo è che, una volta che si è optato per l'introduzione del controllo di costituzionalità delle leggi - scelta che peraltro non spetta ai giudici - non sarebbe più possibile porre in discussione la legittimazione delle Corti costituzionali, nel valutare la rispondenza al dettato costituzionale delle disposizioni legislative. A tal proposito, è opportuno richiamare le parole del giudice Lamer, il quale, con riferimento all'esperienza costituzionale canadese, ha fornito la seguente risposta all'obiezione *counter majoritarian*: “*This is an argument which was heard countless times prior to the entrenchment of the Charter but which has in truth, for better or for worse, been settled by the very coming into force of the Constitution Act, 1982. It ought not to be forgotten that the historic decision to entrench the Charter in our Constitution was taken not by the courts but by the elected representatives of the people of Canada. It was those representatives who extended the scope of constitutional adjudication and entrusted the courts with this new and onerous responsibility. Adjudication under the Charter must be approached free of any lingering doubts as to its legitimacy*”⁶⁹.

In secondo luogo, è opportuno riflettere sul significato della legittimazione democratica delle Corti costituzionali. Infatti, il problema ha ragion d'essere se lo si osserva dal punto di vista della maggioranza degli elettori che, tramite il voto, esprime la sua preferenza in sede parlamentare; in quest'ottica, in teoria, potrebbe aver senso interrogarsi sul perché alcuni giudici, sforniti di legittimazione popolare, possano porre nel nulla la volontà di un legislatore democraticamente eletto. Viceversa, se si affronta la questione dal lato della minoranza degli elettori e, dunque, della minoranza parlamentare, il tema della legittimazione democratica dei giudici costituzionali assume un significato diametralmente opposto⁷⁰. Infatti, lungi dal rappresentare un profilo critico, il controllo di costituzionalità costituisce

⁶⁸ D. Law, *Generic Constitutional Law*, cit., p. 686.

⁶⁹ *Reference B.C. Motor Vehicle Act*, 2 S.C.R. 486, (1985), p. 497.

⁷⁰ D. Law, *Generic Constitutional Law*, cit., pp. 681-682.

lo strumento tramite il quale la minoranza può mettere in discussione le scelte compiute dalla maggioranza del Parlamento. In tale prospettiva, l'attività della Corte Costituzionale, non solo non risulta sfornita di legittimazione democratica, ma al contrario rafforza il carattere democratico del sistema⁷¹; in particolare, la Corte Costituzionale è l'organo incaricato di garantire anche gli interessi dei gruppi minoritari, che potrebbero essere stati posti in secondo piano nelle dinamiche dei lavori parlamentari. Dunque, un'ulteriore fonte di legittimazione del controllo di costituzionalità delle leggi, si rinviene prendendo in considerazione la nozione di democrazia dal punto di vista della minoranza parlamentare e avendo come riferimento i diritti di tutti gli individui e non solo quelli della maggioranza⁷²: tale sindacato, infatti, consente ai gruppi minoritari di contestare le scelte effettuate in sede legislativa.

Se si segue tale impostazione, ovvero se si considera il giudizio di costituzionalità delle leggi come la sede in cui le decisioni adottate dalla maggioranza parlamentare possono essere controllate per verificare l'eventuale ed ingiustificata lesione di diritti fondamentali, anche il test di proporzionalità trova la propria legittimazione. Infatti, tale standard argomentativo richiede ai giudici di compiere le stesse verifiche che avrebbe potuto richiedere la minoranza parlamentare per accertare che il legislatore non abbia predisposto una soluzione irragionevole. In altre parole, la tecnica argomentativa della proporzionalità consente ad una Corte Costituzionale di porsi gli stessi interrogativi che si sarebbero posti i gruppi minoritari, qualora avessero dovuto subire una limitazione dei loro diritti ed interessi da parte del legislatore. Le varie fasi di cui si compone il test di proporzionalità consentono, difatti, di verificare che la soluzione adottata dalla maggioranza parlamentare sia congrua e che sia stata adottata dopo aver preso in considerazione i diritti e gli interessi di tutte le parti coinvolte. In sostanza, la tecnica interpretativa della proporzionalità è lo strumento adatto per controllare che la risoluzione di un conflitto tra diritti fondamentali non risulti viziata da

⁷¹ T. A. Aleinikoff, *Constitutional Law in the Age of Balancing*, cit., pp. 984-985.

⁷² M. Zion, *Effecting Balance: Oakes Analysis Restaged*, in 43 *Ottawa Law Review*, 2011-2013, 431, pp. 452.

favoritismi e preferenze nei confronti delle posizioni maggioritarie all'interno dell'ordinamento⁷³.

Un terzo motivo che può contribuire a rendere meno persuasiva l'obiezione relativa alla carenza di legittimazione di una Corte Costituzionale a svolgere il sindacato di costituzionalità, seguendo il percorso argomentativo delineato dal test di proporzionalità, è costituito dal fatto che, tramite l'utilizzo di tale tecnica, è più agevole criticare l'operato dei giudici costituzionali. Viene nuovamente in rilievo il tema della trasparenza⁷⁴; infatti, una motivazione che consente di ricostruire in maniera chiara e dettagliata l'iter logico seguito dai giudici, permette anche di formulare contestazioni più precise e mirate. In tal modo, la Corte Costituzionale sembra ottenere un duplice risultato: da un lato, lascia aperto lo spazio anche a critiche successive, riconoscendo implicitamente la possibilità di poter aver commesso errori di valutazione; dall'altro lato, e conseguentemente, consente di aumentare la fiducia delle parti, in quanto si mostra cauta ed equilibrata, ammettendo la fallibilità, non solo del legislatore, ma anche del giudice delle leggi. Così facendo, essa sembra auto-legittimarsi all'interno del sistema, in quanto si pone come garante della Costituzione, riconoscendo, però, almeno in teoria, la possibilità di individuare soluzioni più eque e corrette rispetto alle proprie decisioni⁷⁵. In altre parole, si considera legittimato quel giudice che gode della fiducia delle parti: una spinta in tale direzione può provenire dall'utilizzo del test di proporzionalità.

In sostanza, come si comprende dalle considerazioni svolte, è possibile individuare più di una risposta all'obiezione *counter majoritarian*. In particolare, le fonti della legittimazione del controllo di costituzionalità possono rinvenirsi o direttamente nel testo della Costituzione, o ripensando l'idea stessa di legittimazione democratica, ovvero ancora ponendo l'accento

⁷³ K. Möller, *Proportionality: Challenging the Critics*, cit., pp. 729-731.

⁷⁴ Si veda *supra* Par. II.2.

⁷⁵ Affermazioni di tale portata si rinvergono in L. Tria, *Brevi osservazioni sul bilanciamento nella giurisprudenza della Corte Costituzionale*, cit., p. 221.

sull'autolegittimazione dei giudici costituzionali, come conseguenza dell'impiego del test di proporzionalità.

* * *

A questo punto della trattazione, sia consentito svolgere una critica, afferente alla legittimazione delle Corti, nei confronti del modello che ha tradizionalmente prevalso negli Stati Uniti: il c.d. *categorical approach*. L'idea di fondo è che le stesse contestazioni che vengono formulate nei confronti del test di proporzionalità, debbano essere riproposte, a maggior ragione, con riferimento al *categorical approach*. Il rischio che il giudice invada la sfera di competenza riservata al legislatore, sostituendo le proprie valutazioni a quelle effettuate da un'autorità democraticamente autorizzata a compierle, è molto più accentuato qualora una Corte Costituzionale utilizzi il sistema *two-tier*.

Come osservato, nel modello statunitense, si è assistito all'individuazione, ad opera della Corte Suprema, di distinte categorie di diritti, che, in virtù della loro importanza, necessitano di livelli di controllo differenti. È stato, altresì, rilevato che uno dei vizi del sistema americano è rappresentato dall'instabilità, dovuta alla continua proliferazione di categorie di diritti ed alla conseguente predisposizione di nuovi criteri di giudizio, che possano prestare loro adeguata tutela⁷⁶. In tale quadro, estremamente complesso ed in continuo divenire, la Corte Suprema sembra svolgere valutazioni che, in teoria, dovrebbero essere riservate al potere legislativo. Essa, infatti, non si limita ad applicare uno standard argomentativo, ma si spinge oltre, effettuando anche considerazioni di merito, riguardanti la presunta maggior importanza di alcuni diritti rispetto ad altri. Questo ordine di valutazioni dovrebbe, però, spettare al legislatore; dovrebbe, infatti, essere compito del legislatore individuare quali libertà rientrano fra le *preferred positions* e quali, viceversa, ne restano fuori⁷⁷.

⁷⁶ Si rinvia al Par. V.3. del Capitolo IV.

⁷⁷ Per quanto concerne la dottrina delle *preferred positions*, si rinvia al Par. IV. ed al Par. IV.2. del Capitolo IV.

In sostanza, la Corte Suprema americana sembra atteggiarsi come un “*supreme constitutional lawmaker*”⁷⁸, con ciò realizzando una chiara interferenza con i compiti e le prerogative proprie del potere legislativo. Se tutto ciò è vero, allora il problema della legittimazione risulta essere molto più pressante, qualora una Corte adotti il c.d. *categorical approach*, rispetto ad un’altra che si limiti ad impiegare una tecnica interpretativa, neutra ed imparziale, come il test di proporzionalità.

III.4.2. Il rapporto giudice-legislatore: la ricerca di un nuovo equilibrio

L’attenzione posta dall’obiezione *counter majoritarian* sulla legittimazione delle Corti costituzionali e sul rischio che i giudici invadano la sfera di competenza del legislatore consente di svolgere alcune riflessioni sul rapporto che nello Stato costituzionale intercorre tra il potere legislativo ed il potere giudiziario.

In primo luogo, non si può non rilevare il ruolo sempre più rilevante del giudice costituzionale (e non solo) in materia di tutela dei diritti fondamentali e la conseguente valorizzazione dell’attività interpretativa svolta per garantire loro un adeguato livello di protezione. A prescindere dal fatto che tale fenomeno sia il risultato della crisi degli istituti di rappresentanza politica e della incapacità del legislatore di farsi carico delle esigenze che caratterizzano la società contemporanea⁷⁹ o che, viceversa, esso rappresenti uno sviluppo fisiologico dello Stato Costituzionale⁸⁰, un dato è certo: l’esigenza di garantire un adeguato livello

⁷⁸ A. Stone Sweet, J. Mathews, *All Things in Proportion? American Rights Review and the Problem of Balancing*, cit., p. 836.

⁷⁹ G. Bronzini, *Il bilanciamento nella giurisprudenza: come bilanciare la sovranità popolare?*, in G. Bronzini, R. Cosio, *Interpretazione conforme, bilanciamento dei diritti e clausole generali*, Milano, Giuffrè Editore, 2017, pp. 151-153. A titolo esemplificativo, si veda altresì V. Speciale, *Il “declino” della legge, l’“ascesa” del diritto giurisprudenziale e i limiti all’interpretazione giudiziale*, in 1 *Costituzionalismo.it*, 2018, 181, pp. 185-191.

⁸⁰ P. Caretti, *Il rapporto tra giudice e legislatore nella tutela dei diritti: verso un nuovo equilibrio*, in A. Cardone, F. Donati, M. C. Grisolia, G. Tarli Barbieri (a cura di), *Il rapporto tra giudice e legislatore nella tutela dei diritti: verso un nuovo equilibrio. Lectio magistralis di Paolo Caretti*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2016, pp. 25-29.

di protezione dei diritti fondamentali non può prescindere dall'operato delle Corti costituzionali e supreme.

L'espansione del potere dei giudici (costituzionali e non) rende peraltro necessario ripensare il tema del rapporto tra giudice e legislatore, sul piano della tutela dei diritti fondamentali; nell'attuale Stato Costituzionale, infatti, non sembra più corretto tratteggiare il potere legislativo e quello giudiziario come due entità a sé stanti, completamente separate e distinte l'una dall'altra. Beninteso, con ciò non si vuole assolutamente mettere in discussione il dogma della separazione dei poteri, ma semplicemente sottolineare che giudice e legislatore, ciascuno con le proprie competenze e nel rispetto del proprio ambito di appartenenza, debbono necessariamente intrattenere un qualche tipo di relazione. In particolare, in materia di diritti fondamentali, è auspicabile l'instaurazione di un rapporto di leale ed effettiva collaborazione tra le diverse autorità coinvolte, che possa contribuire al raggiungimento di un soddisfacente livello di protezione dei medesimi.

Infatti, nello Stato Costituzionale contemporaneo, la garanzia dei diritti fondamentali non è più affidata ad un unico soggetto, il legislatore, ma, al contrario, *“la gestione di tali diritti è condivisa tra giudici e legislatore. Alcuni profili della tutela dei diritti fondamentali spetteranno pressoché necessariamente al legislatore, mentre per altri è più opportuno il ricorso al potere giudiziario”*⁸¹. Dunque, in materia di diritti fondamentali, diventano essenziali le formule del coordinamento, della collaborazione e del dialogo tra giudice e legislatore⁸²; infatti, non sembra possibile fornire un adeguato grado di tutela di tali interessi,

⁸¹ G. Pino, *Diritti e interpretazione. Il ragionamento giuridico nello Stato Costituzionale*, cit., p. 213. In senso analogo, si veda P. Caretti, *Il rapporto tra giudice e legislatore nella tutela dei diritti: verso un nuovo equilibrio*, cit.: *“nello Stato costituzionale, la garanzia della Costituzione, con riferimento particolare alla sfera dei diritti, non risulta più affidata ad un unico soggetto (il legislatore), ma anche alla giurisdizione (oltre che alla dottrina), che concorre in modo decisivo all'opera di interpretazione dei principi costituzionali, quando essi debbono trovare applicazione nell'ambito del processo”* (p. 36).

⁸² Si veda, inoltre, M. Cartabia, *La Corte Costituzionale nella nuova età dei diritti*, in *2 Il Mulino*, marzo-aprile 2013, 364, che ha sottolineato l'esigenza di instaurare anche una proficua collaborazione tra le diverse autorità giurisdizionali coinvolte e non solo, dunque, tra Corti costituzionali e supreme e potere legislativo.

qualora si continui a ritenere il potere giudiziario e quello legislativo come due entità totalmente distinte e non comunicanti.

Seguendo questa impostazione, che privilegia il dialogo tra tutte le forze in gioco, è possibile formulare tre ulteriori considerazioni conclusive.

In primo luogo, la portata dell'obiezione *counter majoritarian* risulta notevolmente ridotta, dal momento che è attenuato il rischio di un'indebita intromissione da parte di una Corte Costituzionale nell'area di competenza del legislatore democraticamente eletto; ciò che realmente rileva, in materia di tutela dei diritti fondamentali, è il necessario concorso delle volontà e delle valutazioni del legislatore e del giudice costituzionale.

In secondo luogo, con riferimento all'annosa questione, sulla spettanza dell'ultima parola, al giudice o al legislatore, può essere fornita la seguente risposta: a nessuno dei due. Infatti, non è corretto pensare che vi sia un potere che ha il diritto di esprimere la parola definitiva in materia di diritti fondamentali; la disciplina di quest'ultimi è un affare complesso, in cui nessuno ha realmente l'ultima parola. Dunque, l'unica risposta plausibile e convincente a tale domanda è quella fornita dal dialogo e dalla continua cooperazione tra tutti gli agenti coinvolti nell'attuazione di un efficiente grado di tutela dei diritti fondamentali⁸³.

In terzo luogo, se, in materia di tutela dei diritti fondamentali, è essenziale la componente del dialogo tra Corti costituzionali e supreme e potere legislativo⁸⁴, allora diviene auspicabile l'utilizzo delle tecniche interpretative delle

⁸³ L'idea che il diritto all'ultima parola non spetta né al legislatore, né al giudice, e che l'unica risposta persuasiva a tale quesito si rinviene nella collaborazione di tutte le forze in gioco, è stata discussa in occasione di un seminario, tenutosi a Roma, presso la University of Notre Dame Rome Global Gateway, il giorno 13 luglio 2018, dal titolo "Book Workshop: Dialogue on Constitutional Justice". In senso analogo, cfr. anche: G. Pino, *Diritti e interpretazione. Il ragionamento giuridico nello Stato Costituzionale*, cit., p. 213; E. Cheli, *Stato Costituzionale e ragionevolezza*, p. 37.

⁸⁴ Oltreché del dialogo tra giudici costituzionali e altre autorità giurisdizionali e del dialogo tra Corti costituzionali appartenenti a ordinamenti diversi e tra quest'ultime e le Corti sovranazionali, europee ed internazionali.

proporzionalità per la gestione dei conflitti tra diritti. A tal proposito, è opportuno richiamare quanto osservato in precedenza⁸⁵, laddove, parlando dei benefici, è stato sottolineato che l'impiego del test di proporzionalità, da parte di una Corte Costituzionale, contribuisce a favorire un più proficuo dialogo tra la Corte medesima ed il legislatore. Pertanto, nell'attuale Stato Costituzionale, lo standard argomentativo della proporzionalità diventa uno strumento fondamentale, in quanto contribuisce a rendere concreta l'esigenza di instaurare una relazione di carattere dialogico e collaborativo tra il giudice ed il legislatore.

IV. Conclusioni

In sostanza, il test di proporzionalità rappresenta un valido strumento interpretativo, che le Corti costituzionali e supreme possono impiegare per la gestione dei conflitti tra diritti fondamentali. In particolare, tale standard argomentativo sembra garantire un adeguato livello di tutela ai beni ed interessi coinvolti in una controversia, mostrando a priori eguale rispetto per tutte le posizioni implicate e non tollerando il sacrificio totale di alcune di esse. Al tempo stesso, l'utilizzo dello schema argomentativo della proporzionalità sembra porre i giudici costituzionali al riparo dalla critica relativa all'assenza di una loro legittimazione democratica, con l'ulteriore conseguenza di contribuire alla redazione di decisioni maggiormente accettabili e giustificabili, sia da parte dell'opinione pubblica, sia da parte del legislatore.

Dall'altro lato, al cospetto di rilevanti benefici, è opportuno tenere ben presenti le critiche che sono state rivolte alla proporzionalità; come dimostrato, esse sono numerose, coinvolgono molteplici profili di tale standard ermeneutico e, talvolta, sembrano in parte condivisibili. Tuttavia, nel soppesare e bilanciare benefici ed obiezioni, connesse all'utilizzo del test di proporzionalità, l'ago della bilancia appare decisamente spostato a favore degli aspetti positivi.

⁸⁵ Si veda *supra* Par. II.5.

Tutto ciò promesso, sia concesso di concludere il presente lavoro con un interrogativo: esiste, realisticamente, una soluzione, alternativa allo standard della proporzionalità, da impiegare nella gestione dei conflitti tra diritti fondamentali? Ed ancora, qualora sia possibile rinvenire un'altra tecnica: il suo impiego da parte delle Corti costituzionali e supreme consentirebbe di ottenere i medesimi benefici che è auspicabile raggiungere tramite il test di proporzionalità e, contemporaneamente, di non suscitare obiezioni e critiche?

Una risposta esaustiva e soddisfacente al quesito non pare potersi ravvisare nel modello statunitense, il c.d. *categorical approach*, che si pone oggi come la principale alternativa alla tecnica della proporzionalità; né sembra possibile individuare ulteriori strumenti interpretativi, egualmente efficaci e rispettosi dei diritti fondamentali. Di conseguenza e come conclusione, si può ragionevolmente affermare che “*proportionality is not beyond criticism, but categorization [and the other alternatives are] not the answer*”⁸⁶.

⁸⁶ A. Barak, *Proportionality*, cit., p. 754. Le parole ricomprese tra parentesi sono un'aggiunta personale.

Indice delle opere citate

- AA.VV., *Canada. La Corte Dickson prima e dopo l'adozione della Carta dei diritti e delle libertà. Analisi del concetto di "società libera e democratica"*, in 3 *Quaderni Costituzionali*, 1995, pp. 467 ss.
- Aleinikoff T. A., *Constitutional Law in the Age of Balancing*, in 96 *Yale Law Journal*, 1987, No. 5, pp. 943 ss.
- Alexy R. (translated by Julian Rivers), *A Theory of Constitutional Rights*, Oxford, Oxford University Press, 2002.
- Alexy R., *Teoria dei diritti fondamentali*, Bologna, Il Mulino, 2012.
- Alexy R., *Constitutional Rights, Democracy, and Representation*, in 1 *Rivista di filosofia del diritto*, giugno 2015, pp. 23 ss.
- Alschuler A. W., *Bright Line Fever and the Fourth Amendment*, in 45 *University of Pittsburgh Law Review*, 1984, pp. 227 ss.
- Amar A. R., *Fourth Amendment First Principles*, in 107 *Harvard Law Review*, 1994, pp. 757 ss.
- Amsterdam A. G., *Perspectives on the Fourth Amendment*, in 58 *Minnesota Law Review*, 1974, pp. 349 ss.
- Anzon A., *Modi e tecniche del controllo di ragionevolezza*, in Romboli R. (a cura di), *La giustizia costituzionale a una svolta*, Atti del seminario di Pisa del 5 maggio 1990, Torino, Giappichelli Editore, 1991, pp. 31-38.
- Anzon A., *La motivazione dei giudizi di ragionevolezza e la dissenting opinion*, in AA.VV., *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza della Corte Costituzionale. Riferimenti comparatistici*, Atti del seminario svoltosi a Roma, Palazzo della Consulta, 13-14 ottobre 1992, Milano, Giuffrè Editore, 1994, pp. 257-258.
- Aristotele, *Etica Nicomachea*, Bari, Editori Laterza, 2005.
- Ayres I., Syndey F., *Don't Tell, Don't Ask: Narrow Tailoring after Grutter and Gratz*, in 85 *Texas Law Review*, 2007, pp. 517 ss.
- Barak A., *Foreword: A Judge on Judging: The Role of a Supreme Court in a Democracy*, in 116 *Harvard Law Review*, 2002, pp. 19 ss.

- Barak A., *Proportional Effect: The Israeli Experience*, in 57 *University of Toronto Law Journal*, 2007, pp. 369 ss.
- Barak A., *Proportionality and Principled Balancing*, in 4 *Law & Ethics of Human Rights*, 2010, pp. 1 ss.
- Barak A., *Proportionality*, in Rosenfeld M., Sajo A., *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, Oxford (UK), Oxford University Press, 2012, pp. 738 - 755.
- Barak A., *Proportionality. Constitutional Rights and their Limitations*, Cambridge, Cambridge University Press, 2012.
- Barile P., *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza della Corte Costituzionale*, in AA.VV., *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza della Corte Costituzionale. Riferimenti comparatistici*, Atti del seminario svoltosi a Roma, Palazzo della Consulta, 13-14 ottobre 1992, Milano, Giuffrè Editore, 1994, pp. 21-42.
- Barsotti V., Fiorita N., *Separatismo e laicità. Testo e materiali per un confronto tra Stati Uniti e Italia in tema di rapporti stato/chiese*, Torino, Giappichelli Editore, 2008.
- Bartole S., *Controllo di razionalità e determinazione previa di criteri e protocolli di giudizio*, in AA.VV., *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza della Corte Costituzionale. Riferimenti comparatistici*, Atti del seminario svoltosi a Roma, Palazzo della Consulta, 13-14 ottobre 1992, Milano, Giuffrè Editore, 1994, pp. 203-210.
- Bartole S., *L'elaborazione del parametro e del protocollo delle argomentazioni*, in AA.VV., *Corte Costituzionale e principio di uguaglianza*. Atti del Convegno in memoria di Livio Paladin, Padova, Cedam, 2001, pp. 35-58.
- Beatty D. M., *Human Rights and Judicial Review: A Comparative Perspective*, Leida, Martinus Nijhoff Publishers, 1994.
- Beatty D. M., *The Canadian Charter of Rights: Lessons and Laments*, in 60 *The Modern Law Review*, 1997, No. 4, pp. 481 ss.
- Beatty D. M., *The Ultimate Rule of Law*, Oxford, Oxford University Press, 2004.
- Bendor A. L., Sela T., *How Proportional is Proportionality?*, in 13 *International Journal of Constitutional Law*, 2015, No. 2, pp. 530 ss.

- Berger B. L., *Section 1, Constitutional Reasoning and Cultural Difference: Assessing the Impacts of Alberta v. Hutterian Brethren of Wilson Colony*, in 51 *Supreme Court Law Review*, 2010, pp. 25 ss.
- Bilchitz D., *Socio-Economic Rights, Economic Crisis, and Legal Doctrine*, in 14 *International Journal of Constitutional Law*, 2014, pp. 710 ss.
- Billingsley B., *Oakes at 100: A Snapshot of the Oakes Test in Social Policy v. Criminal Policy Cases*, in 35 *Supreme Court Law Review*, 2006, pp. 347 ss.
- Bin R., *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Milano, Giuffrè Editore, 1992.
- Bin R., *Ragionevolezza e divisione dei poteri*, in La Torre M., Spadaro A. (a cura di), *La ragionevolezza nel diritto*, Torino, Giappichelli Editore, 2002, pp. 59-83.
- Bin R., *Che cos'è la Costituzione?*, in 1 *Quaderni costituzionali*, marzo 2007, pp. 11 ss.
- Blache P., *The Criteria of Justification under Oakes: Too Much Severity Generated Through Formalism*, in 20 *Manitoba Law Journal*, 1991, pp. 437 ss.
- Black W., *The Search for Reasonable Limits: Is Oakes Retired?*, in 2 *Constitutional Forum*, 1991, pp. 78 ss.
- Bobbio N., *L'età dei diritti*, Torino, Einaudi, 2014.
- Bognetti G., *Il principio di ragionevolezza e la giurisprudenza della Corte Suprema degli Stati Uniti*, in *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza della Corte Costituzionale*, Atti del seminario svoltosi a Roma, Palazzo della Consulta, 13 - 14 Ottobre 1992, Milano, Giuffrè Editore, 1994, pp. 43-54.
- Bomhoff J., *Beyond Proportionality: Thinking Comparatively about Constitutional Review and Punitiveness*, in Jackson V. C., Tushnet M., *Proportionality: New Frontiers, New Challenges*, Cambridge, Cambridge University Press, 2017, pp. 148 - 170.
- Bredt C. D., Dodek A. M., *The Increasing Irrelevance of Section 1 of the Charter*, in 14 *Supreme Court Law Review*, 2001, pp. 175 ss.
- Bredt C. D., *The Right to Equality and Oakes: Time for Change*, in 27 *National Junior Classic League*, 2009, pp. 59 ss.

- Bredt C. D., Pessione H. K., *The Death of Oakes: Time for a Rights-Specific Approach?*, in 63 *Supreme Court Law Review*, 2013, pp. 485 ss.
- Brems E., Lavrysen L., *'Don't Use a Sledgehammer to Crack a Nut': Less Restrictive Means in the Case Law of the European Court of Human Rights*, in 15 *Human Rights Law Review*, 2015, pp. 139 ss.
- Breyer S., *Active Liberty. Interpreting Our Democratic Constitution*, New York, Alfred A. Knopf, 2005.
- Breyer S., *Making Our Democracy Work. A Judge's View*, New York, Alfred A. Knopf, 2010.
- Bronzini G., *Il bilanciamento nella giurisprudenza: come bilanciare la sovranità popolare?*, in Bronzini G., Cosio R., *Interpretazione conforme, bilanciamento dei diritti e clausole generali*, Milano, Giuffrè Editore, 2017, pp. 147-160.
- Brownstein A., *How Rights Are Infringed: The Role of Undue Burden Analysis in Constitutional Doctrine*, in 45 *Hastings Law Journal*, 1994, pp. 867 ss.
- Cameron J., *The Past, Present, and Future of Expressive Freedom Under the Charter*, in 35 *Osgoode Hall Law Journal*, 1997, No. 1, pp. 1 ss.
- Cannizzaro E., *Il principio della proporzionalità nell'ordinamento internazionale*, Milano, Giuffrè Editore, 2000.
- Caretti P., Tarli Barbieri G., *I diritti fondamentali: libertà e diritti sociali*, Torino, Giappichelli Editore, 2002.
- Caretti P., *Il rapporto tra giudice e legislatore nella tutela dei diritti: verso un nuovo equilibrio*, in Cardone A., Donati F., Grisolia M. C., Tarli Barbieri G. (a cura di), *Il rapporto tra giudice e legislatore nella tutela dei diritti: verso un nuovo equilibrio. Lectio magistralis di Paolo Caretti*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2016, pp. 9-41.
- Cartabia M., *I principi di ragionevolezza e proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale italiana*, Roma, Palazzo della Consulta 24-26 ottobre 2013, Conferenza trilaterale delle Corti Costituzionali italiana, portoghese e spagnola, consultabile sul sito della Corte Costituzionale www.cortecostituzionale.it.
- Cartabia M., *La Corte Costituzionale nella nuova età dei diritti*, in 2 *Il Mulino*, marzo-aprile 2013, pp. 364 ss.

- Cartabia M., *Diritti, giudizi e conflitti*, in 1 *Ars interpretandi*, gennaio-giugno 2015, pp. 33 ss.
- Casavola F. P., *I principi supremi nella giurisprudenza della Corte Costituzionale*, in 118 *Il foro italiano*, aprile 1995, No. 4, pp. 153 ss.
- Celano B., *I diritti nello stato costituzionale*, Bologna, Il Mulino, 2013.
- Cerri A., *I modi argomentativi del giudizio di ragionevolezza delle leggi: cenni di diritto comparato*, in *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza della Corte Costituzionale. Riferimenti comparatistici*, Atti del seminario svoltosi a Roma, Palazzo della Consulta, 13 - 14 Ottobre 1992, Milano, Giuffrè Editore, 1994, pp. 131-161.
- Charney R. E., Guttman D., *Is Money No Object: Can the Government Rely on Financial Considerations Under Charter Section 1?*, in 24 *Supreme Court Law Review*, 2004, pp. 137 ss.
- Cheli E., *Stato Costituzionale e ragionevolezza*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2011.
- Chemerinsky E., *Constitutional Law. Principles and Policies*, 5th ed., New York, Wolters Kluwer, 2015.
- Choudhry S., *The Lochner Era and Comparative Constitutionalism*, in 2 *International Journal of Constitutional Law*, 2004, No. 1, pp. 1 ss.
- Choudhry S., *So What is the Real Legacy of Oakes? Two Decades of Proportionality Analysis under the Canadian Charter's Section 1*, in 34 *Supreme Court Law Review*, 2006, pp. 501 ss.
- Christoffersen J., *Fair Balance: Proportionality, Subsidiarity and Primarity in the European Convention on Human Rights*, Leiden, Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2009.
- Cognetti S., *Principio di proporzionalità. Profili di teoria generale e di analisi sistematica*, Torino, Giappichelli Editore, 2011.
- Cohen-Eliya M., Porat I., *Proportionality and the Culture of Justification*, in 59 *The American Journal of Comparative Law*, 2011, No. 2, pp. 463 ss.
- Cohen-Eliya M., Porat I., *The Hidden Foreign Law Debate in Heller: The Proportionality Approach in American Constitutional Law*, in 46 *San Diego Law Review*, 2009, pp. 367 ss.

- Cohen-Eliya M., Porat I., *American Balancing and German Proportionality: the Historical Origins*, in 8 *International Journal of Constitutional Law*, 2010, p. 263 ss.
- Cohen-Eliya M., Porat I., *Proportionality and Constitutional Culture*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013.
- Cohen-Eliya M., Porat I., *The Administrative Origins of Constitutional Rights and Global Constitutionalism*, in Jackson V. C., Tushnet M., *Proportionality: New Frontiers, New Challenges*, Cambridge, Cambridge University Press, 2017, pp. 103-129.
- Corasaniti A., *Considerazioni conclusive*, in AA.VV., *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza della Corte Costituzionale. Riferimenti comparatistici*, Atti del seminario svoltosi a Roma, Palazzo della Consulta, 13-14 ottobre 1992, Milano, Giuffrè Editore, 1994, pp. 265-273.
- Da Silvia V. A., *Comparing the Incommensurable: Constitutional Principles, Balancing and Rational Decision*, in 31 *Oxford Journal of Legal Studies*, 2011, pp. 273 ss.
- Dassios C. M., Prophet C. P., *Charter Section 1: The Decline of Grand Unified Theory and the Trend Towards Deference in the Supreme Court of Canada*, in 15 *Advocates' Quarterly*, 1993, pp. 289 ss.
- De Burca G., *The Principle of Proportionality and its Application in EC Law*, in 13 *Yearbook of European Law*, 1993, pp. 105 ss.
- De Tocqueville A., *Democracy in America* (a cura di J.P. Mayer, tradotto da George Lawrence), New York, Anchor Books, 1969.
- Dimaggio P. J., Powell W. W., *The Iron Cage Revisited: Institutional Isomorphism and Collective Rationality in Organizational Fields*, in P. J. Dimaggio, W. W. Powell, *The New Institutionalism in Organizational Analysis*, Chicago, University of Chicago Press, 1991, pp. 63-82.
- Drigo C., *La giustizia costituzionale in Canada*, in Mezzetti L., *Sistemi e modelli di giustizia costituzionale*, Padova, Cedam, 2009, pp. 657 - 686.
- Dworkin R., *Taking Rights Seriously*, Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press, 1977.
- Dworkin R., *I diritti presi sul serio*, Bologna, Il Mulino, 2010.

- Elliot R., *The Supreme Court of Canada and Section 1 - The Erosion of the Common Front*, in 12 *Queen's Law Journal*, 1987, pp. 277 ss.
- Elliot R., *Developments in Constitutional Law: The 1989-90 Term*, in 2 *Supreme Court Law Review*, 1991, pp. 83 ss.
- Ely J. H., *Democracy and Distrust. A Theory of Judicial Review*, Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press, 1980.
- Emerson T.I., *Toward a General Theory of the First Amendment*, in 72 *Yale Law Journal*, 1963, pp. 877 ss.
- Emiliou N., *The Principle of Proportionality in European Law: A Comparative Study*, London, Kluwer Law International, 1996.
- Evans C. J., *Adjudicating Contested Values: Freedom of Religion and the Oakes Test*, in 10 *Journal of Law & Equality*, 2013, pp. 5 ss.
- Fallon R. H. Jr., *Strict Judicial Scrutiny*, in 54 *University of California, Los Angeles, Law Review*, 2007, pp. 1267 ss.
- Fallon R. H. Jr., *The Dynamic Constitution. An Introduction to American Constitutional Law and Practice*, 2nd ed., Cambridge, Cambridge University Press, 2013.
- Farber D. A., *The Categorical Approach to Protecting Speech in American Constitutional Law*, in 64 *Indiana Law Journal*, 2009, No. 84, pp. 917 ss.
- Ferrajoli L., *Diritti fondamentali. Un dibattito teorico*, a cura di Vitale E., Bari, Editori Laterza, 2008.
- Fierro M., Porchia O., Randazzo B., *I principi di proporzionalità e ragionevolezza nella giurisprudenza costituzionale, anche in rapporto alla giurisprudenza delle Corti europee*, Servizio Studi, Corte Costituzionale, STU 249, luglio 2013, consultabile sul sito della Corte Costituzionale www.cortecostituzionale.it.
- Fleiner F., *Institutionen des Deutschen Verwaltungsrechts*, Tübingen, Mohr Siebeck, 1928.
- Frantz L. B., *The First Amendment in the Balance*, in 71 *Yale Law Journal*, 1962, pp. 1424 ss.
- Gardbaum S., *Limiting Constitutional Rights*, in 54 *University of California, Los Angeles, Law Review*, 2007, pp. 789 ss.

- Gardbaum S., *The Myth and the Reality of American Constitutional Exceptionalism*, in 107 *Michigan Law Review*, 2008, pp. 391 ss.
- Geuna M., *Oltre l'universalismo. Diritti e conflitti in un mondo plurale*, in 2 *Iride*, agosto 2011, pp. 427 ss.
- Ginsburg R. B., Merritt D. J., *Affirmative Action: An International Human Rights Dialogue*, in 21 *Cardozo Law Review*, 1999, pp. 253 ss.
- Goldberg S. B., *Equality Without Tiers*, in 77 *Southern California Law Review*, 2004, pp. 481 ss.
- Gottlieb S. E., *Compelling Governmental Interests: An Essential but Unanalyzed Term in Constitutional Adjudication*, in 68 *Boston University Law Review*, 1988, pp. 917 ss.
- Grimm D., *Proportionality in Canadian and German Constitutional Jurisprudence*, in 57 *University of Toronto Law Journal*, 2007, pp. 383 ss.
- Groppi T., *La Corte Suprema del Canada come "giudice dei diritti"*, in Rolla G. (a cura di), *Lo sviluppo dei diritti fondamentali in Canada*, Milano, Giuffrè Editore, 2000, pp. 63-82.
- Groppi T., *Canada*, Bologna, Il Mulino, 2006.
- Grossi P., *Inviolabilità dei diritti*, in XXII *Enciclopedia del diritto*, Milano, Giuffrè Editore, 1972, pp. 712-731.
- Guastini R., *Ponderazione. Un'analisi dei conflitti tra principi costituzionali*, in 1 *Ragion pratica*, giugno 2006, pp. 151 ss.
- Guastini R., *Interpretare e argomentare*, Milano, Giuffrè Editore, 2011.
- Gunther G., *The Supreme Court 1971 Term. Foreward: In Search of Evolving Doctrine on a Changing Court: A Model for a Newer Equal Protection*, in 86 *Harvard Law Review*, 1972, No. 1, pp. 1 ss.
- Gyorfi T., *Against the New Constitutionalism*, Cheltenham, United Kingdom, Edward Elgar Publishing, 2016.
- Hamilton A., Jay J., Madison J., *Il Federalista*, a cura di G. Sacerdoti Mariani, Torino, Giappichelli Editore, 1997.
- Harding S. K., *Comparative Reasoning and Judicial Review*, in 28 *Yale Journal of International Law*, 2003, pp. 409 ss.

- Harris C. E., *An Undue Burden: Balancing in an Age of Relativism*, in 18 *Oklahoma City University Law Review*, 1993, pp. 363 ss.
- Heintzen M., *Il principio di proporzionalità. Un cosmopolita tedesco del diritto costituzionale*, Modena, Mucchi Editore, 2015.
- Hickman T., *Proportionality: Comparative Law Lessons*, in 12 *Judicial Review*, 2007, pp. 31 ss.
- Hirschl R., *Towards Juristocracy. The Origins and Consequences of the New Constitutionalism*, Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press, 2004.
- Hogg P. W., *Interpreting the Charter of Rights: Generosity and Justification*, in 28 *Osgoode Hall Law Journal*, 1990, No. 4, pp. 817 ss.
- Hogg P. W., Penner R., *The Contribution of Chief Justice Dickson to an Interpretive Framework and Value System for Section 1 of the Charter of Rights*, in 20 *Manitoba Law Journal*, 1991, pp. 428 ss.
- Hogg P. W., *Section 1 Revisited*, in 1 *National Journal of Constitutional Law*, 1993, pp. 1 ss.
- Hogg P. W., *Canada: From Privy Council to Supreme Court*, in Goldsworthy J., *Interpreting Constitutions. A Comparative Study*, Oxford, Oxford University Press, 2006, pp. 55-105.
- Hogg P. W., *Constitutional Law of Canada*, 5th ed., Toronto, Carswell, 2007, volume II.
- Hovius B., *The Limitation Clauses of The European Convention on Human Rights: A Guide for the Application of Section 1 of the Charter*, in 17 *Ottawa Law Review*, 1985, pp. 213 ss.
- Hovius B., *The Limitations Clauses of the European Convention on Human Rights and Freedoms and Section 1 of the Canadian Charter of Rights and Freedoms: A Comparative Analysis*, in 6 *Yearbook of European Law*, 1987, pp. 105 ss.
- Ignatieff M. (a cura di), *American exceptionalism and Human Rights*, Princeton, Princeton University Press, 2005.
- Huscroft G., *A Constitutional "Work in Progress"? The Charter and the Limits of Progressive Interpretation*, in 23 *Supreme Court Law Review*, 2004, pp. 413 ss.

- Jackson V. C., *Being Proportional about Proportionality*, in 21 *Constitutional Commentary*, 2004, pp. 803 ss.
- Jackson V. C., Tushnet M., *Comparative Constitutional Law*, New York, Foundation Press, 2006.
- Jackson V. C., *Constitutional Engagement in a Transnational Era*, Oxford, Oxford University Press, 2010.
- Jackson V. C., *Ambivalent Resistance and Comparative Constitutionalism: Opening up the Conversation on "Proportionality", Rights and Federalism*, in 1 *Journal of Constitutional Law*, 2014, pp. 583 ss.
- Jackson V. C., *Constitutional Law in an Age of Proportionality*, in 124 *Yale Law Journal*, 2014-2015, pp. 3094 ss.
- Jackson V. C., *Proportionality and equality*, in Jackson V. C., Tushnet M., *Proportionality: New Frontiers, New Challenges*, Cambridge, Cambridge University Press, 2017, pp. 171 - 196.
- Kavanagh A., *The Idea of a Living Constitution*, in 16 *Canadian Journal of Law & Jurisprudence*, 2003, pp. 55 ss.
- Kenny D., *Proportionality, the Burden of Proof, and Some Signs of Reconsideration*, in 52 *Irish Jurist*, 2014, pp. 141 ss.
- Kerans R. P., *The Future of Section One of the Charter*, in 23 *University of British Columbia Law Review*, 1988-1989, No. 3, pp. 567 ss.
- Kirchof P., Kommers D. P., *Germany and its Basic Law: Past, Present and Future: a Germanic-American Symposium*, Baden-Baden, Nomos, 1993.
- Klatt M., Meister M., *Proportionality - a Benefit for Human Rights? Remarks on the I-CON Controversy*, in 10 *International Journal of Constitutional Law*, 2012, pp. 687 ss.
- Kumm M., *Constitutional Rights as Principles: on the Structure and Domain of Constitutional justice*, in 2 *International Journal of Constitutional Law*, 2004, pp. 574 ss.
- Kumm M., *The Idea of Socratic Contestation and the Right to Justification: The Point of Rights Based Proportionality Review*, in 4 *Law & Ethics of Human Rights*, 2010, pp. 140 ss.

- La Forest G. V., *The Use of American Precedents in Canadian Courts*, in 46 *Maine Law Review*, 1994, pp. 211 ss.
- Laux Z. N., *Constitutional Anomalies: When Canada's Proportionality and the U.S.'s Categorization Just Don't Fit the Bill*, in 41 *University of Miami Inter-American Law Review*, 2010, pp. 389 ss.
- Lavagna C., *Ragionevolezza e legittimità costituzionale*, in *Studi in memoria di Carlo Esposito*, Vol. III, Padova, Cedam, 1973, pp. 1573-1588.
- Law D., *Generic Constitutional Law*, in 89 *Minnesota Law Review*, 2005, pp. 652 ss.
- Law D., Versteeg M., *The Declining Influence of the United States Constitution*, in 87 *New York University Law Review*, 2012, No. 3, pp. 762 ss.
- Lee Y., *Why Proportionality Matters*, in 160 *University of Pennsylvania Law Review*, 2012, pp. 1835 ss.
- Liptak A., *'We the People' Loses Appeal with People Around the World*, in *New York Times*, February 6th 2012.
- Lokan A., *The Rise and Fall of Doctrine under Section 1 of the Charter*, in 24 *Ottawa Law Review*, 1992, No. 1, pp. 163 ss.
- L'Heureux-Dubé C., *The Importance of Dialogue: Globalization and the International Impact of the Rehnquist Court*, in 34 *Tulsa Law Journal*, 1998, pp. 15 ss.
- L'Heureux-Dubé C., *From Many Different Stones: A House of Justice*, in 41 *Alberta Law Review*, 2003, pp. 659 ss.
- Luciani M., *I diritti fondamentali come limiti alla revisione costituzionale*, in Angiolini V. (a cura di), *Libertà e giurisprudenza costituzionale* Torino, Giappichelli Editore, 1992, pp. 121-129.
- Luciani M., *Lo spazio della ragionevolezza nel giudizio costituzionale*, in *Il principio di ragionevolezza*, in AA.VV., *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza della Corte Costituzionale. Riferimenti comparatistici*, Atti del seminario svoltosi a Roma, Palazzo della Consulta, 13-14 ottobre 1992, Milano, Giuffrè Editore, 1994, pp. 245-252.
- McLachlin B., *The Canadian Charter of Rights and Freedoms' First 30 Years: A Good Beginning*, in 61 *Supreme Court Law Review*, 2013, pp. 25 ss.

- Madison J., *The Theory and Practice of Republican Government*, Stanford, Samuel Kernell, 2003.
- Maniaci G., *Razionalità e bilanciamento tra principi del diritto: un inventario, un'intuizione, una proposta*, in 2 *Ragion pratica*, dicembre 2005, pp. 335 ss.
- Maniaci G., *Quale razionalità per risolvere I conflitti tra diritti?*, in 2 *Ragion pratica*, dicembre 2007, pp. 339 ss.
- Mathen C., *Rational Connections: Oakes, Section 1 and the Charter's Legal Rights*, in 43 *Ottawa Law Review*, 2012, pp. 491 ss.
- McBride J., *Proportionality and the European Convention on Human Rights*, in Ellis E., *The principle of Proportionality in the Laws of Europe*, Portland, Oregon, Hart Publishing, 1999, pp. 23-35.
- McFadden P. M., *The Balancing Test*, in 29 *Boston College Law Review*, 1988, pp. 585 ss.
- Mendes E. P., *In Search of a Theory of Social Justice: The Supreme Court Reconceives the Oakes Test*, in 24 *La Revue Juridique Thémis*, 1990, pp. 1 ss.
- Mendes E. P., *Section 1 of the Charter after 30 Years: The Soul or the Dagger at its Heart?*, in 61 *Supreme Court Law Review*, 2013, pp. 293 ss.
- Möller K., *Balancing and the Structure of Constitutional Rights*, in 5 *International Journal of Constitutional Law*, 2007, pp. 453 ss.
- Möller K., *Proportionality: Challenging the Critics*, in 10 *International Journal of Constitutional Law*, 2012, No. 3, pp. 709 ss.
- Möller K., *U.S. Constitutional Law, Proportionality, and the Global Model*, in Jackson V. C., Tushnet M., *Proportionality: New Frontiers, New Challenges*, Cambridge, Cambridge University Press, 2017, pp. 130-147.
- Monahan P. J., *The Charter Then and Now*, in Bryden P., Davis S., Russell J., *Protecting Rights and Freedoms. Essays on the Charter's Place in Canada's Political, Legal, and Intellectual Life*, Toronto, University of Toronto Press, 1994, pp. 105-128.
- Moore M., *R. v. K.R.J.: Shifting the Balance of the Oakes Test from Minimal Impairment to Proportionality of Effects*, in 82 *Supreme Court Law Review*, 2018, pp. 143 ss.

- Moriearty P. L., *Implementing Proportionality*, in 50 *University of California, Davis, Law Review*, 2017, pp. 961 ss.
- Morrone A., *Il custode della ragionevolezza*, Milano, Giuffrè Editore, 2001.
- Morrone A., *Bilanciamento*, in 2 *Enciclopedia del diritto*, tomo II, Milano, Giuffrè Editore, 2008, pp. 185-204.
- Morrone A., *Il bilanciamento nello stato costituzionale. Teoria e prassi delle tecniche di giudizio nei conflitti tra diritti e interessi costituzionali*, Torino, Giappichelli Editore, 2014.
- Morton F. L., Russel P. H., Withey M. J., *The Supreme Court's First One Hundred Charter of Rights Decisions: A Statistical Analysis*, in 30 *Osgoode Hall Law Journal*, 1992, No. 1, pp. 1 ss.
- Morton F. L., Knopff R., *The Charter Revolution and the Court Party*, Toronto, Toronto University Press, 2000.
- Murray P. G., *Section One of the Canadian Charter of Rights and Freedoms: An Examination at Two Levels of Interpretation*, in 21 *Ottawa Law Review*, 1989, No. 3, pp. 631 ss.
- Neuborne B., *Notes for a Theory of Constrained Balancing in First Amendment Cases: An Essay in Honor of Tom Emerson*, in 38 *Case Western Reserve Law Review*, 1988, pp. 576 ss.
- Nimmer M., *The Right to Speak from Time to Time: First Amendment Theory Applied to Libel and Misapplied to Privacy*, in 56 *California Law Review*, 1968, No. 4, pp. 935 ss.
- Note, *Less Drastic Means and the First Amendment*, in 78 *Yale Law Journal*, 1969, pp. 464 ss.
- O'Connor S. D., *Broadening Our Horizons: Why Americans Lawyers Must Learn About Foreign Law*, in 45 *Federal Law*, 1997, pp. 20 ss.
- Pace A., *Metodi interpretativi e costituzionalismo*, in 1 *Quaderni costituzionali*, aprile 2001, pp. 35 ss.
- Paladin L., *Esiste un principio di ragionevolezza nella giurisprudenza costituzionale*, in AA.VV., *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza della Corte Costituzionale. Riferimenti comparatistici*, Atti del seminario svoltosi

a Roma, Palazzo della Consulta, 13-14 ottobre 1992, Milano, Giuffrè Editore, 1994, pp. 163-167.

- Paladin L., *Ragionevolezza (principio di)*, in *Enciclopedia del diritto*, Aggiornamento I, Milano, Giuffrè Editore, 1997, pp. 899-911.

- Passaglia P., *Modello inglese vs. modello statunitense nell'edificazione del sistema canadese di giustizia costituzionale*, in Ceccherini E. (a cura di), *A trent'anni dalla Patriation canadese. Riflessioni della dottrina italiana*, Genova, Genova University Press, 2013, pp. 48 - 64.

- Pennicino S., *Contributo allo studio della ragionevolezza nel diritto comparato*, Rimini, Maggioli Editore, 2012.

- Perju V., *Proportionality and Freedom: an Essay on Method in Constitutional Law*, in 1 *Journal of Global Constitutionalism*, 2012, pp. 334 ss.

- Perju V., *Proportionality and Stare Decisis: Proposal for a New Structure*, in Jackson V. C., Tushnet M., *Proportionality: New Frontiers, New Challenges*, Cambridge, Cambridge University Press, 2017, pp. 197 - 218.

- Petter A. J., Monahan P. J., *Development in Constitutional Law: The 1986-1987 Term*, in 10 *Supreme Court Law Review*, 1988, pp. 61 ss.

- Pettinga G. L., *Rational Basis With Bite: Intermediate Scrutiny by Any Other Name*, in 62 *Indiana Law Journal*, 1987, pp. 779 ss.

- Pinelli C., *Principi, regole, istituti*, in 1 *Diritto pubblico*, gennaio-aprile 2015, pp. 35 ss.

- Pino G., *Conflitto e bilanciamento tra diritti fondamentali. Una mappa dei problemi*, in 1 *Ragion pratica*, giugno 2007, pp. 219 ss.

- Pino G., *Il linguaggio dei diritti*, in 31 *Ragion pratica*, dicembre 2008, pp. 393 ss.

- Pino G., *Conflitti tra diritti fondamentali. Una critica a Luigi Ferrajoli*, in 2 *Filosofia politica*, agosto 2010, pp. 287 ss.

- Pino G., *Proporzionalità, diritti, democrazia*, in 3 *Diritto e società*, 2014, pp. 597 ss.

- Pino G., *Diritti e interpretazione. Il ragionamento giuridico nello Stato Costituzionale*, Bologna, Il Mulino, 2010.

- Pino G., *Diritti fondamentali e principio di proporzionalità*, in 2 *Ragion pratica*, dicembre 2014, pp. 541ss.
- Pino G., *Il costituzionalismo dei diritti*, Bologna, Il Mulino, 2017.
- Pitino A., *Il federalismo canadese e i "limiti ragionevoli" in una free and democratic society*, in Ceccherini E. (a cura di), *A trent'anni dalla Patriation canadese. Riflessioni della dottrina italiana*, Genova, Genova University Press, 2013, pp. 137-148.
- Ranchordàs S., De Waard B., *The Judge and the Proportionate Use of Discretion. A Comparative Study*, Londra, Routledge, 2016.
- Randall Kelso R., *United States Standards of Review Versus the International Standard of Proportionality: Convergence and Symmetry*, in 39 *Ohio Northern University Law Review*, 2013, pp. 455 ss.
- Randall Kelso R., *The Structure of Planned Parenthood v. Casey Abortion Rights Law: Strict Scrutiny for Substantial Obstacles on Abortion Choice and Otherwise Reasonableness Balancing*, in 34 *Quinnipiac Law Review*, 2015, pp. 75 ss.
- Réaume D., *Limitations on Constitutional Rights: The Logic of Proportionality*, in *University of Oxford Legal Research Paper Series*, 2009, No. 26, pp. 1 ss.
- Rehnquist W., *The Notion of a Living Constitution*, in 54 *Texas Law Review*, 1976, pp. 693 ss.
- Rishworth P., *Reasonable Limits on Fundamental Freedoms - A Study of Section 1 of the Canadian Charter of Rights and Freedoms*, in 5 *Auckland University Law Review*, 1986, pp. 340 ss.
- Rivers J., *Proportionality and Variable Intensity of Review*, in 65 *Cambridge Law Journal*, 2006, pp. 174 ss.
- Rodriguez S., *La Corte Suprema del Canada e l'art. 1 della Carta dei Diritti. Una "free and democratic society" in continua evoluzione*, in Rolla G., *L'apporto della Corte Suprema alla determinazione dei caratteri dell'ordinamento costituzionale canadese*, Milano, Giuffrè Editore, 2008, pp. 241 - 268.
- Rolla G., *I caratteri di una società libera e democratica secondo la giurisprudenza della Corte suprema del Canada*, in Rolla G. (a cura di), *Eguali, ma diversi*, Milano, Giuffrè Editore, 2006, pp. 1-35.

- Rolla G., *L'ordinamento costituzionale del Canada: un laboratorio in continua evoluzione*, in Ceccherini E. (a cura di), *A trent'anni dalla Patriation canadese. Riflessioni della dottrina italiana*, Genova, Genova University Press, 2013, pp. 9-28.
- Romboli R., *Ragionevolezza, motivazione delle decisioni ed ampliamento del contraddittorio nei giudizi costituzionali*, in AA.VV., *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza della Corte Costituzionale. Riferimenti comparatistici*, Atti del seminario svoltosi a Roma, Palazzo della Consulta, 13-14 ottobre 1992, Milano, Giuffrè Editore, 1994, pp. 229-243.
- Romeo G., *La comparazione degli argomenti in tema di diritti: le trasformazioni del giudizio di ragionevolezza*, in *2 Diritto pubblico comparato ed europeo*, aprile-giugno 2017, pp. 279 ss.
- Rosen M. D., *When are Constitutional Rights Non-Absolute? McCutcheon, Conflicts, and the Sufficiency Question*, in *56 William & Mary Law Review*, 2015, No. 4, pp. 1535 ss.
- Rothstein M., *Section 1: Justifying Breaches of Charter Rights and Freedoms*, in *27 Manitoba Law Journal*, 1999, No. 2, pp. 171 ss.
- Ruggiu D., *Conflitto e diritti. Difficoltà ed aporie del conflittualismo contemporaneo*, in *2 Ragion pratica*, dicembre 2008, pp. 411 ss.
- Sandulli A. M., *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza costituzionale*, in *Diritto e società*, 1975, pp. 561 ss.
- Sardo A., *Alexy, proporzionalità e pretesa di correttezza. Un'introduzione critica*, in *22 Journal for Constitutional Theory and Philosophy of Law*, 2014, pp. 21 ss.
- Sartor G., *La logica della proporzionalità: il ragionamento con magnitudini non numeriche*, in *2 Rivista di filosofia del diritto*, dicembre 2012, pp. 337 ss.
- Scaccia G., *Gli strumenti della ragionevolezza nel giudizio costituzionale*, Milano, Giuffrè Editore, 2000.
- Schauer F., *Categories and the First Amendment: a Play in Three Acts*, in *34 Vanderbilt Law Review*, 1981, pp. 265 ss.
- Schauer F., *A Comment on the Structure of Rights*, in *27 Georgia Law Review*, 1993, pp. 415 ss.

- Schlink B., *Proportionality in Constitutional Law: Why Everywhere but Here?*, in 22 *Duke Journal of Comparative & International Law*, 2011-2012, pp. 291 ss.
- Schlink B., *Proportionality*, in Rosenfeld M., Sajo A., *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, Oxford (UK), Oxford University Press, 2012, pp. 719 - 737.
- Shaman J. M., *Constitutional Interpretation: Illusion and Reality*, Westport, Connecticut, Stati Uniti, Greenwood Publishing Group, 2001.
- Sharpe R. J., *La Carta canadese dei diritti e delle libertà*, in 2 *Quaderni Costituzionali*, 1992, pp. 363 ss.
- Sharpe R. J., *Il controllo di costituzionalità nell'ordinamento canadese: le tecniche più recenti*, in 2 *Quaderni Costituzionali*, 1994, pp. 291 ss.
- Sharpe R. J., Roach K., *Brian Dickson - A Judge's Journey*, Toronto, University of Toronto Press, 2003.
- Shinar A., *Method and Culture in American Constitutional Law: A Critique of Proportionality and Constitutional Culture*, in 10 *Jerusalem Review of Legal Studies*, 2014, No. 1, pp. 137 ss.
- Siebrasse N., *The Oakes Test: An Old Ghost Impeding Bold New Initiatives*, in 23 *Ottawa Law Review*, 1991, pp. 99 ss.
- Siegel S. A., *The Origin of the Compelling State Interest Test and Strict Scrutiny*, in 48 *American Journal of Legal History*, 2006, pp. 355 ss.
- Slaughter A., *A Global Community of Courts*, in 44 *Harvard International Law Journal*, 2003, pp. 191 ss.
- Spadaro A., *Dall'indisponibilità (tirannia) alla ragionevolezza (bilanciamento) dei diritti fondamentali. Lo sbocco obbligato: l'individuazione di doveri altrettanto fondamentali*, in 1 *Politica del diritto*, marzo 2006, pp. 167 ss.
- Speciale V., *Il "declino" della legge, "l'ascesa" del diritto giurisprudenziale e i limiti all'interpretazione giudiziale*, in 1 *Costituzionalismo.it*, 2018, pp. 181 ss.
- Stinneford J. F., *Rethinking Proportionality under the Cruel and Unusual Punishments Clause*, in 97 *Virginia Law Review*, 2011, No. 4, pp. 899 ss.
- Stone Sweet A., Mathews J., *Proportionality Balancing and Global Constitutionalism*, in 47 *Columbia Journal of Transnational Law*, 2008-2009, pp. 72 ss.

- Stone Sweet A., Mathews J., *All Things in Proportion? American Rights Review and the Problem of Balancing*, in 60 *Emory Law Journal*, 2010-2011, pp. 797 ss.
- Struve G. M., *The Less Restrictive Alternative Principle and Economic Due Process*, in 80 *Harvard Law Review*, 1967, pp. 1463 ss.
- Stuntz W., *Criminal Procedure and Criminal Justice*, in 107 *Yale Law Journal*, 1997, pp. 1 ss.
- Sullivan K. M., *Post-Liberal Judging: the Roles of Categorization and Balancing*, in 63 *University of Colorado Law Review* 1992, pp. 293 ss.
- Sullivan E. T., Frase R. S., *Proportionality Principles in American Law: Controlling Excessive Government Actions*, Oxford, Oxford University Press, 2009.
- Sulitzeanu-Kenan R., Kremnitzer M., Alon S., *Facts, Preferences, and Doctrine: An Empirical Analysis of Proportionality Judgement*, in 50 *Law & Society Review*, 2016, No. 2, pp. 348 ss.
- Sunstein C. R., *The Supreme Court, 1995 Term-Foreword: Leaving Things Undecided*, in 110 *Harvard Law Review*, 1996, pp. 6 ss.
- Sykes A. O., *The Least Restrictive Means*, in 70 *University of Chicago Law Review*, 2003, pp. 403 ss.
- Tarnopolsky W. S., *The Historical and Constitutional Context of the Proposed Canadian Charter of Rights and Freedoms*, in 44 *Law and Contemporary Problems*, 1981, No. 3, pp. 169 ss.
- Telese G., *Le limitazioni al godimento dei diritti fondamentali secondo i principi generali elaborati dalla Corte Suprema del Canada*, in Rolla G. (a cura di), *Lo sviluppo dei diritti fondamentali in Canada*, Milano, Giuffrè Editore, 2000, pp. 83-110.
- *The Fourth Amendment Third Way*, in 120 *Harvard Law Review*, 2007, pp. 1627 ss.
- Trakman L. E., Cole-Hamilton W., Gatién S., *R. v. Oakes 1986-1997: Back to the Drawing Board*, in 36 *Osgoode Law Journal*, 1998, No. 1, pp. 83 ss.
- Tremblay B., Webber G., *The Limitation of Charter Rights: Critical Essays on R. v. Oakes*, Montreal, Themis Press, 2009.

- Tria L., *Brevi osservazioni sul bilanciamento nella giurisprudenza della Corte Costituzionale*, in Bronzini G., Cosio R., *Interpretazione conforme, bilanciamento dei diritti e clausole generali*, Milano, Giuffrè Editore, 2017, pp. 201-224.
- Trudeau P. E., *Memoirs*, Toronto, McClelland & Stewart, 1993.
- Tsakyrakis S., *Proportionality: An Assault on Human Rights?*, in *7 International Journal of Constitutional Law*, 2010, pp. 468 ss.
- Tsesis A., *The Categorical Free Speech Doctrine and Contextualization*, in *65 Emory Law Journal*, 2015, pp. 495 ss.
- Tushnet M., *Anti-Formalism in Recent Constitutional Theory*, in *83 Michigan Law Review*, 1985, pp. 1502 ss.
- Tushnet M., *The United States: Eclecticism in the Service of Pragmatism*, in Goldsworthy J., *Interpreting Constitutions. A Comparative Study*, Oxford, Oxford University Press, 2006, pp. 7-54.
- Tushnet M., *Advanced Introduction of Comparative Constitutional Law*, Cheltenham, United Kingdom, Edward Elgar Publishing, 2014.
- Tuzet G., *Le conseguenze dei diritti*, in *2 Ragion pratica*, dicembre 2008, pp. 375 ss.
- Varano V., Barsotti V., *La tradizione giuridica occidentale. Testo e materiali per un confronto civil law common law*, 6th ed., Torino, Giappichelli Editore, 2018.
- Viceconte N., *Proporzionalità e bilanciamento di interessi nelle decisioni delle Corti*, in Azzariti G. (a cura di), *Interpretazione costituzionale*, Torino, Giappichelli Editore, 2007, pp. 189-225.
- Weinreb L. L., *Your Place or Mine? Privacy of Presence Under the Fourth Amendment*, in *The Supreme Court Review*, 1999, pp. 253 ss.
- Weinrib L. E., *The Supreme Court of Canada and Section One of the Charter*, in *10 Supreme Court Law Review*, 1986, pp. 469 ss.
- Weinrib L. E., *The Postwar Paradigm and American Exceptionalism*, in Choudhry S., *The Migration of Constitutional Ideas*, Cambridge, Cambridge University Press, 2006, pp. 84 - 111.

- Weinrib S., *The Emergence of the Third Step of the Oakes Test in Alberta v. Hutterian Brethren of Wilson Colony*, in 68 *University of Toronto Faculty of Law Review*, 2010, pp. 77 ss.
- Winkler A., *Fatal in Theory and Strict in Fact: an Empirical Analysis of Strict Scrutiny in the Federal Courts*, in 59 *Vanderbilt Law Review*, 2006, pp. 793 ss.
- Zagrebelsky G., *Il diritto mite*, Torino, Einaudi Editore, 1992.
- Zagrebelsky G., *Su tre aspetti della ragionevolezza*, in AA.VV., *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza della Corte Costituzionale. Riferimenti comparatistici*, Atti del seminario svoltosi a Roma, Palazzo della Consulta, 13-14 ottobre 1992, Milano, Giuffrè Editore, 1994, pp. 179-192.
- Zagrebelsky G., *Diritto per: valori, principi o regole. (A proposito della dottrina dei principi di Ronald Dworkin)*, in 31 *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, tomo II, 2002, pp. 865 ss.
- Zagrebelsky G., *La legge e la sua giustizia. Tre capitoli di giustizia costituzionale*, Bologna, Il Mulino, 2008.
- Zagrebelsky G., Marcenò V., *Giustizia costituzionale*, Bologna, Il Mulino, 2012.
- Zagrebelsky G., Marcenò V., *Giustizia Costituzionale. Storia, principi, interpretazioni*, Vol. I, Bologna, Il Mulino, 2018.
- Zion M., *Effecting Balance: Oakes Analysis Restaged*, in 43 *Ottawa Law Review*, 2011-2013, pp. 431 ss.

Indice dei casi citati

Corte Suprema del Canada

- A.G. Can. and Dupond v. Montreal*, 2 S.C.R. 770 (1978).
Alberta v. Hutterian Brethren of Wilson Colony, 2 S.C.R. 567 (2009).
Andrews v. Law Society of British Columbia, 1 S.C.R. 143 (1989).
Attorney General of Quebec v. Blaikie, 2 S.C.R. 1016 (1979).
Attorney General of Manitoba v. Metropolitan Stores Ltd., 1 S.C.R. 110 (1987).
Attorney General of Canada v. Hislop, 1 S.C.R. 429 (2007).
Benner v. Canada, 1 S.C.R. 358 (1997).
Black v. Law Society of Alberta, 1 S.C.R. 591 (1989).
Canada (Human Rights Commission) v. Taylor, 3 S.C.R. 892 (1990).
Canada v. JTI-Macdonald Corp., 2 S.C.R. 610 (2007).
Canada Broadcasting Corporation v. Canada, 1 S.C.R. 19 (2011).
Carter v. Canada, 1 S.C.R. 331 (2015).
Chaoulli v. Quebec, 1 S.C.R. 791 (2005).
Dagenais v. Canadian Broadcasting Corp., 3 S.C.R. 835 (1994).
Delisle v. Canada, 2 S.C.R. 989 (1999).
Devine v. Quebec, 2 S.C.R. 790 (1988).
Dunmore v. Ontario, 3 S.C.R. 1016 (2001).
Edmonton Journal v. Alberta, 2 S.C.R. 1326 (1989).
Egan v. Canada, 2 S.C.R. 513 (1995).
Ford v. Quebec, 2 S.C.R. 712 (1988).
Greater Vancouver Transportation Authority v. Can. Fed'n of Students, in 2 S.C.R. 295 (2009).
Harper v. Canada, 1 S.C.R. 827 (2004).
Harvey v. New Brunswick, 2 S.C.R. 876 (1996).
Health Services and Support v. British Columbia, 2 S.C.R. 391 (2007).
Hill v. Church of Scientology, 2 S.C.R. 1130 (1995).
Hunter v. Southam Inc., 2 S.C.R. 145 (1984).

Irwin Toy v. Quebec, 1 S.C.R. 927 (1989).
Law Society of Upper Canada v. Skapinker, 1 S.C.R. 357 (1984).
Little Sisters Book & Art Emporium v. Canada, 2 S.C.R. 1120 (2000).
M. v. H., 2 S.C.R. 3 (1999).
McKinney v. University of Guelph, 3 S.C.R. 229 (1990).
Min. of Home Affairs v. Fisher, A. C. 319 (1980).
Miron v. Trudel, 2 S.C.R. 418 (1995).
Mounted Police Association of Ontario v. Canada, 1 S.C.R. 3 (2015).
New Brunswick (Minister of Health and Community Services) v. G. (J.), 3 S.C.R. 46 (1999).
Newfoundland v. Nape, 3 S.C.R. 381 (2004).
Osborne v. Canada, 2 S.C.R. 69 (1991).
Quebec (Attorney General) v. A., 1 S.C.R. 61 (2013).
R. v. Drybones, S.C.R. 282 (1970).
R. v. Big M Drug Mart Ltd., 1 S.C.R. 295 (1985).
R. v. Therens, 1 S.C.R. 613 (1985).
R. v. Oakes, 1 S.C.R. 103 (1986).
R. v. Edwards Books and Art, 2 S.C.R. 713 (1986).
R. v. Vaillancourt, 2 S.C.R. 636 (1987).
R. v. Morgentaler, 1 S.C.R. 30 (1988).
R. v. Keegstra, 3 S.C.R. 697 (1990).
R. v. Chaulk, 3 S.C.R. 1303 (1990).
R. v. Swain, 1 S.C.R. 933 (1991).
R. v. Butler, 1 S.C.R. 452 (1992).
R. v. Downey, 2 S.C.R. 10 (1992).
R. v. Seaboyer, 2 S.C.R. 577 (1991).
R. v. Zundel, 2 S.C.R. 731 (1992).
R. v. Nova Scotia Pharmaceutical Society, 2 S.C.R. 606 (1992).
R. v. Laba, 3 S.C.R. 965 (1994).
R. v. Lucas, 1 S.C.R. 439 (1998).
R. v. Sharpe, 1 S.C.R. 45 (2001).
R. v. Advance Cutting & Coring Ltd., 3 S.C.R. 209 (2001).

R. v. Orbanski; R. v. Elias, 2 S.C.R. 3 (2005).
R. v. Bryan, 1 S.C.R. 527 (2007).
R. v. Tse, 1 S.C.R. 531 (2012).
R. v. K.R.J., 1 S.C.R. 906 (2016).
R.W.D.S.U. v. Dolphin Delibery, 2 S.C.R. 573 (1986).
Reference Re Alberta Statutes, S.C.R. 100 (1938).
Reference Residential Tenancies Act, 1979, 1 S.C.R. 714 (1981).
Reference re Same-Sex Marriage, 3 S.C.R. 698 (2004).
Reference B.C. Motor Vehicle Act, 2 S.C.R. 486 (1985).
Reference Re Public Service Employee Relations Act, 1 S.C.R. 313 (1987).
Reference Prov. Electoral Boundaries (Sask), 2 S.C.R. 158 (1991).
RJR-MacDonald v. Canada, 3 S.C.R. 199 (1995).
Rocket v. Royal College of Dental Surgeons of Ontario, 2 S.C.R. 232 (1990).
Ross v. New Brunswick School District, 1 S.C.R. 825 (1996).
Sauvé v. Canada (Chief Electoral Officer), 3 S.C.R. 519 (2002).
Switzman v. Elbling, S.C.R. 285 (1957).
Thomson Newspapers v. Canada, 1 S.C.R. 877 (1998).
United Stated v. Cotroni 1 S.C.R. 1469 (1989).
Vriend v. Alberta, 1 S.C.R. 493 (1998).

Corte d'Appello dell'Ontario

Re Ontario Film and Video Appreciation Society, 45 O.R. 80 (C.A.) (1984).

Corte Europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali

Sunday Times v. United Kingdom, 2 E.H.R.R. 245 (1979).

Judicial Committee of the Privy Council

Edwards v. A.-G. Can., A.C. 124 (1930).

Corte Costituzionale italiana

Corte Costituzionale, 16 gennaio 1957, n. 3.

Corte Costituzionale, 22 gennaio 1957, n. 28.

Corte Costituzionale, 9 luglio 1959, n. 46.

Corte Costituzionale, 16 marzo 1960, n. 15.

Corte Costituzionale, 14 giugno 1962, n. 54.

Corte Costituzionale, 7 febbraio 1963, n. 12.

Corte Costituzionale, 3 aprile 1963, n. 39.

Corte Costituzionale, 24 febbraio 1964, n. 14.

Corte Costituzionale, 2 luglio 1966, n. 82.

Corte Costituzionale, 11 luglio 1966, n. 95.

Corte Costituzionale, 12 aprile 1967, n. 53.

Corte Costituzionale, 3 giugno 1970, n. 78.

Corte Costituzionale, 18 febbraio 1975, n. 27.

Corte Costituzionale, 28 maggio 1975, n. 129.

Corte Costituzionale, 24 maggio 1977, n. 86.

Corte Costituzionale, 30 gennaio 1980, n. 5.

Corte Costituzionale, 30 gennaio 1980, n. 10.

Corte Costituzionale, 1 febbraio 1982, n. 15.

Corte Costituzionale, 10 ottobre 1983, n. 301.

Corte Costituzionale, 16 maggio 1984, n. 141.

Corte Costituzionale, 17 ottobre 1985, n. 231.

Corte Costituzionale, 22 gennaio 1987, n. 14.

Corte Costituzionale, 22 dicembre 1988, 1130.

Corte Costituzionale, 29 dicembre 1988, n. 1146.

Corte Costituzionale, 12 aprile 1989, n. 203.

Corte Costituzionale, 8 febbraio 1991, n. 63.
Corte Costituzionale, 23 luglio 1991, n. 366.
Corte Costituzionale, 19 dicembre 1991, n. 467.
Corte Costituzionale, 22 gennaio 1992, n. 37.
Corte Costituzionale, 24 febbraio 1992, n. 62.
Corte Costituzionale, 19 marzo 1993, n. 103.
Corte Costituzionale, ordinanza 9 novembre 1993, n. 309.
Corte Costituzionale, 23 novembre 1993, n. 406.
Corte Costituzionale, 25 novembre 1993, n. 417.
Corte Costituzionale, 30 dicembre 1993, n. 474.
Corte Costituzionale, 26 gennaio 1994, n. 5.
Corte Costituzionale, 24 febbraio 1994, n. 63.
Corte Costituzionale, 3 marzo 1994, n. 69.
Corte Costituzionale, 31 marzo 1994, n. 108.
Corte Costituzionale, 15 luglio 1994, n. 304.
Corte Costituzionale, 24 febbraio 1995, n. 63.
Corte Costituzionale, 14 aprile 1995, n. 127.
Corte Costituzionale, 5 maggio 1995, n. 149.
Corte Costituzionale, 8 maggio 1995, n. 155.
Corte Costituzionale, 1 giugno 1995, n. 220.
Corte Costituzionale, 13 giugno 1995, n. 237.
Corte Costituzionale, 9 luglio 1996, n. 238.
Corte Costituzionale, 10 gennaio 1997, n. 1.
Corte Costituzionale, 30 luglio 1997, n. 291.
Corte Costituzionale, 26 febbraio 1998, n. 27.
Corte Costituzionale, 23 aprile 1998, n. 135.
Corte Costituzionale, 17 luglio 1998, n. 267.
Corte Costituzionale, 21 gennaio 1999, n. 2.
Corte Costituzionale, 16 luglio 1999, n. 309.
Corte Costituzionale, 20 novembre 2000, n. 509.
Corte Costituzionale, 21 novembre 2000, n. 516.
Corte Costituzionale, ordinanza 9 febbraio 2001, n. 33.

Corte Costituzionale, 15 maggio 2001, n. 132.
Corte Costituzionale, 17 luglio 2001, n. 252.
Corte Costituzionale, ordinanza 6 dicembre 2001, n. 385.
Corte Costituzionale, 3 maggio 2002, n. 145.
Corte Costituzionale, 31 ottobre 2002, n. 433.
Corte Costituzionale, 16 gennaio 2003, n. 26.
Corte Costituzionale, 3 ottobre 2003, n. 306.
Corte Costituzionale, 13 gennaio 2004, n. 14.
Corte Costituzionale, 6 dicembre 2004, n. 376.
Corte Costituzionale, 14 gennaio 2005, n. 1.
Corte Costituzionale, 18 marzo 2005, n. 107.
Corte Costituzionale, 2 dicembre 2005, n. 432.
Corte Costituzionale, 14 novembre 2006, n. 372.
Corte Costituzionale, ordinanza 26 settembre 2007, n. 337.
Corte Costituzionale, 23 novembre 2007, n. 401.
Corte Costituzionale, ordinanza 18 aprile 2008, n. 111.
Corte Costituzionale, 20 giugno 2008, n. 219.
Corte Costituzionale, 31 ottobre 2008, n. 354.
Corte Costituzionale, 19 ottobre 2009, n. 262.
Corte Costituzionale, 24 giugno 2010, n. 227.
Corte Costituzionale, 8 luglio 2010, n. 249.
Corte Costituzionale, 22 luglio 2010, n. 269.
Corte Costituzionale, 22 ottobre 2010, n. 299.
Corte Costituzionale, 17 novembre 2010, n. 326.
Corte Costituzionale, 25 febbraio 2011, n. 61.
Corte Costituzionale, 10 maggio 2012, n. 119.
Corte Costituzionale, 15 gennaio 2013, n. 1.
Corte Costituzionale, 23 aprile 2013, n. 74.
Corte Costituzionale, 9 maggio 2013, n. 85.
Corte Costituzionale, 20 giugno 2013, n. 143.
Corte Costituzionale, 24 luglio 2013, n. 236.
Corte Costituzionale, 13 gennaio 2014, n. 1.

Corte Costituzionale, 13 febbraio 2014, n. 23.
Corte Costituzionale, 6 giugno 2014, n. 159.
Corte Costituzionale, 10 giugno 2014, n. 162.
Corte Costituzionale, 13 giugno 2014, n. 174.
Corte Costituzionale, 23 giugno 2014, n. 182.
Corte Costituzionale, 22 ottobre 2014, n. 238.
Corte Costituzionale, 11 febbraio 2015, n. 10.
Corte Costituzionale, 27 febbraio 2015, n. 23.
Corte Costituzionale, 30 aprile 2015, n. 70.
Corte Costituzionale, 30 aprile 2015, n. 71.
Corte Costituzionale 18 giugno 2015, n. 113.
Corte Costituzionale, ordinanza 9 luglio 2015, n. 148.
Corte Costituzionale, 15 luglio 2015, n. 156.
Corte Costituzionale, 3 dicembre 2015, n. 250.
Corte Costituzionale, 22 dicembre 2015, n. 272.
Corte Costituzionale, 29 gennaio 2016, n. 10.
Corte Costituzionale, 24 marzo 2016, n. 63.
Corte Costituzionale, 20 maggio 2016, n. 108.
Corte Costituzionale, 20 luglio 2016, n. 192.
Corte Costituzionale, 21 luglio 2016, n. 203.
Corte Costituzionale, 15 dicembre 2016, n. 267.
Corte Costituzionale, 15 dicembre 2016, n. 268.
Corte Costituzionale, 11 gennaio 2017, n. 7.
Corte Costituzionale, 24 gennaio 2017, n. 20.
Corte Costituzionale, 4 maggio 2017, n. 94.
Corte Costituzionale, 27 giugno 2017, n. 149.
Corte Costituzionale, 12 luglio 2017, n. 169.
Corte Costituzionale, ordinanza 12 luglio 2017, n. 171.
Corte Costituzionale, ordinanza 13 luglio 2017, n. 185.
Corte Costituzionale, 14 luglio 2017, n. 192.
Corte Costituzionale, 10 novembre 2017, n. 236.
Corte Costituzionale, 1 dicembre 2017, n. 250.

Corte Costituzionale, 6 dicembre 2017, n. 257.
Corte Costituzionale, 18 gennaio 2018, n. 5.
Corte Costituzionale, 2 febbraio 2018, n. 20.
Corte Costituzionale, 9 febbraio 2018, n. 22.
Corte Costituzionale, 23 marzo 2018, n. 58.
Corte Costituzionale, 20 aprile 2018, n. 81.
Corte Costituzionale, 25 maggio 2018, n. 107.
Corte Costituzionale, 27 giugno 2018, n. 137.
Corte Costituzionale, 5 luglio 2018, n. 142.

Corte Suprema degli Stati Uniti

Adarand Constructors v. Pena, 515 U.S. 200 (1995).
Atkins v. Virginia, 536 U.S. 304 (2002).
Barenblatt v. United States, 360 U.S. 109 (1959).
Bell v. Wolfish, 441 U.S. 520 (1979).
Bendix Autolite Corp. v. Midwesco Enterprises, Inc., 486 U.S. 888 (1988).
Berman v. Parker, 348 U.S. 26 (1954).
Bolling v. Sharpe, 347 U.S. 497 (1954).
Bounds v. Smith, 430 U.S. 817 (1977).
Brown v. Board of Education, 347 U.S. 483 (1954).
Buckley v. American Constitutional Law Foundation, Inc., 525 U.S. 182 (1999).
Burdick v. Takushi, 504 U.S. 428 (1992).
Bush v. Gore, 531 U.S. 98 (2000).
Central Hudson Gas & Electric Corporation v. Public Service Commission, 447 U.S. 557 (1980).
Chaplinsky v. New Hampshire, 315 U.S. 568 (1942).
City of Boerne v. Flores, 521 U.S. 507 (1997).
City of Cleburne v. Cleburne Living Center, Inc., 473 U.S. 432 (1985).
Clark v. Jeter, 486 U.S. 456 (1988).
Coker v. Georgia, 433 U.S. 584 (1977).

Craig v. Boren, 429 U.S. 190 (1976).
Dallas v. Stanglin, 490 U.S. 19 (1989).
Dennis v. United States, 341 U.S. 494 (1951).
Denver Area Educ. Telecomms. Consortium, Inc. v. FCC, 518 U.S. 727 (1996).
District of Columbia v. Heller, 554 U.S. 570 (2008).
Dolan v. City of Tigard, 512 U.S. 374 (1994).
Douglas v. California, 372 U.S. 353 (1963).
Dunaway v. New York, 442 U.S. 200 (1979).
Edwards v. California, 314 U.S. 160 (1941).
Employment Division v. Smith, 494 U.S. 872 (1990).
Ewing v. California, 538 U.S. 11 (2003).
Examining Board v. Flores de Otero, 426 U.S. 572 (1976).
FCC v. Beach Communications, 508 U.S. 307 (1993).
Ferguson v. Skrupa, 372 U.S. 726 (1963).
Graham v. Richardson, 403 U.S. 365 (1971).
Graham v. Florida, 130 S. Ct. 2011 (2010).
Griffin v. Douglas, 351 U.S. 12 (1956).
Grutter v. Bollinger, 539 U.S. 306 (2003).
Harmelin v. Michigan, 501 U.S. 957 (1991).
Harper v. Virginia St. Bd. of Elections, 383 U.S. 663 (1966).
Home Building and Loan Assn. v. Blaisdell, 290 U.S. 398 (1934).
Illinois v. Gates, 462 U.S. 213 (1983).
Johnson v. California, 543 U.S. 499 (2005).
Jones v. City of Opelika, 316 U.S. 584 (1942).
Kennedy v. Louisiana, 554 U.S. 407 (2008).
Knight v. Florida, 528 U.S. 990, (1999).
Korematsu v. United States, 323 U.S. 214 (1944).
Lawrence v. Texas, 539 U.S. 558 (2003).
Lehr v. Robertson, 463 U.S. 248 (1983).
Lochner v. New York, 198 U.S. 45 (1905).
Marsh v. Alabama, 326 U.S. 501 (1946).
Mathews v. DeCastro, 429 U.S. 181 (1976).

Mathews v. Eldridge, 424 U.S. 319 (1976).
McConnell v. FEC, 540 U.S. 93 (2003).
McCulloch v. Maryland, 17 U.S. 316 (1819).
McGowan v. Maryland, 366 U.S. 420 (1961).
McLaughlin v. Florida, 379 U.S. 184 (1964).
Miller v. California, 413 U.S. 15 (1973).
Murdock v. Pennsylvania, 319 U.S. 105 (1943).
NAACP v. Alabama ex rel. Patterson, 357 U.S. 449 (1958).
New York v. Ferber, 458 U.S. 747 (1982).
Nixon v. Shrink Mo., Gov't PAC, 528 U.S. 377 (2000).
Palko v. Connecticut, 302 U.S. 319 (1937).
Pickering v. Board of Education of Township High School District 205, Will County, 391 U.S. 563 (1968).
Pike v. Bruce Church, Inc., 397 U.S. 137 (1970).
Planned Parenthood v. Casey, 505 U.S. 833 (1992).
Printz v. United States, 521 U.S. 898 (1997).
Railroad Co. v. Husen, 95 U.S. 465 (1877).
Railway Express Agency v. New York, 336 U.S. 106 (1949).
Reed v. Reed, 404 U.S. 71 (1971).
Regents of the University of California v. Bakke, 438 U.S. 265 (1978).
Reid v. Colorado, 187 U.S. 137 (1902).
Reno v. Am. Civil Liberties Union, 521 U.S. 844 (1977).
Roberts v. United States Jaycees, 468 U.S. 609 (1984).
Roe v. Wade, 410 U.S. 113 (1973).
Romer v. Evans, 517 U.S. 620 (1996).
Roper v. Simmons, 543 U.S. 551 (2005).
Roth v. United States, 354 U.S. 476 (1957).
R.A.V. v. City of St. Paul, 505 U.S. 377 (1992).
Saenz v. Roe, 526 U.S. 489 (1999).
Shapiro v. Thompson, 394 U.S. 618 (1969).
Sherbert v. Verner, 374 U.S. 398 (1963).
Skinner v. Oklahoma, 316 U.S. 535 (1942).

South Carolina v. United States, 199 U.S. 437 (1905).
Sugarman v. Daugall, 413 U.S. 634 (1973).
Stanford v. Kentucky, 492 U.S. 361 (1989).
Thompson v. Oklahoma, 487 U.S. 815 (1988).
Thompson v. Western State Medical Center, 535 U.S. 357 (2002).
Turner Broadcasting System v. Federal Communications Commission, 512 U.S. 622 (1994).
United States v. Carolene Products Co., 304 U.S. 144 (1938).
United States v. Guest, 383 U.S. 745 (1966).
United States v. Playboy Entm't Grp., Inc., 529 U.S. 803 (2000).
United States v. Virginia, 518 U.S. 515 (1996).
United States Department of Agriculture v. Moreno, 413 US 528 (1973).
Ward v. Rock Against Racism, 491 U.S. 781 (1989).
Weems v. United States, 217 U.S. 349 (1910).
West Virginia State Board of Education v. Barnette, 319 U.S. 624 (1943).
Williamson v. Lee Optical of Oklahoma, Inc., 348 U.S. 483 (1955).